DER GARANTIEVERTRAG.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

OTTO LANDMANN
Diplomvolkswirt aus Burkhards in Oberhessen.

MARBURG-LAHN 1932

Buchdruckerei Köster & Schell, Marburg-Lahn

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 5. Februar 1932.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

I. Teil: Wesen und Inhalt des Garantievertrages.
- A. Begriff.
- B. Geschichtliche Entwickelung.
  - I. der wissenschaftlichen Behandlung;
  - II. der praktischen Anwendung.
- C. Untersuchung der wesentlichen Merkmale.
  - I. Wesentliche Merkmale.
    - 1) Das Einstehen des Garanten für den Ausfall eines Unternehmens;
    - 2) Begriff und Art des Unternehmens;
    - 3) Formfreiheit des Garantievertrages.
  - II. Keine Wesensmerkmale sind:
    - 1) Objektiver Art:
      - a. Das Erfordernis der Selbständigkeit des abgeschlossenen Vertrages;
      - b. Die Unentgeltlichkeit.
    - 2) Subjektiver Art:
      - a. Interesse des Garanten;
      - b. der Glaube des Garanten an die Möglichkeit des Erfolges.
- D. Arten des Garantievertrages.
  - I. Der selbständige Garantievertrag.
  - II. Der verbundene Garantievertrag.
- E. Der verbundene Garantievertrag und das unselbständige Gewährleistungsversprechen.

II. Teil: Wirkungen des Garantievertrages.
- A. Die Rechtsstellung des Garanten.
  - I. Die Haftung des Garanten
    - 1) im Allgemeinen;
    - 2) bei Verschulden des Garantieempfängers an der Erfolglosigkeit des garantierten Unternehmens;
    - 3) Höhe der Haftung des Garanten.
  - II. Die Rechte des Garanten.
- B. Die Rechtsstellung des Garantieempfängers.
- C. Mehrheit von Garanten.

III. Teil: Abgrenzung des Garantievertrages von anderen Vertragsarten.
- A. Abgrenzung des Garantievertrages gegen die Bürgschaft.
- B. Abgrenzung vom Kreditauftrage.
- C. Abgrenzung von der kumulativen Schuldübernahme.
- D. Abgrenzung vom Versicherungsvertrage.
- E. Abgrenzung gegen die bedingte Schenkung.

IV. Teil: Das Ergebnis der Untersuchung und die Gefahr der unzulässigen Ausdehnung des Garantievertrages.

Literaturverzeichnis.

Bindewald: Der Garantievertrag auf Forderungsausfall, 1911.
Braune: Der Garantievertrag, 1911.
Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts, 6. Auflage 1913.
Crome: System des bürgerlichen Rechts 1905.
Dernburg: Schuldverhältnisse, Bd. II, 3. Aufl. 1906.
Düringer-Hachenburg: HGB., 2. Aufl. 1913.
Eccius: Gruchot, Bd. 43, S. 340 ff.
Enneccerus: Lehrb. des bürgerl. Rechts, 27.—32. Aufl. 1929.
Foerster, Otto: Der Kreditauftrag, 1903.
Girtanner: Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrechte, 1850/51.
Grell: Der Garantievertrag nach geltendem Privatrecht, 1910.
Goldmann-Lilienthal: Das BGB, 2. Aufl. 1903
Guggenheim: Der Garantievertrag, 1917.
Hellauer: Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 1930.
Kroener: Der Garantievertrag u. seine Abgrenzung v. d. Bürgschaft, 1911.
Leonhard: Besonderes Schuldrecht des BGB., 1931.
Meyer: Der Garantievertrag nach heutigem Recht, 1912.
Meinrath: Der Garantievertrag, 1910.
Motive zum Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich.
Nicklisch: Betriebswirtschaftslehre, 1922.
Oertmann: Kommentar zum BGB., 3. Aufl. 1927.
Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 1914
Reichel: Die Schuldmitübernahme, 1909.
BGB. nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Reichsgerichtsräte-Kommentar), 6. Aufl. 1928.
Rieger: Einführung in die Privatwirtschaftslehre, 1930.
Rinck: Der Kreditauftrag des § 778 BGB., 1905.
Sendler: Die völkerrechtliche Garantie, besonders im Vergleich mit den privatrechtl. Instituten der Bürgschaft und der Garantie, 1910.
Stammler, Rud.: Der Garantievertrag. Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 69, S. 1 ff. 1886.
Staub: Komm. zum HGB., 12. und 13. Aufl. 1927.
Staudinger: Komm. zum BGB., 9. Aufl. 1928.
Stein: Der Garantievertrag als Nebenvertrag. 1911.
Unger: Handeln auf fremde Gefahr. Jherings Jahrbb. Bd. 33, S. 299 ff.
Westerkamp: Bürgschaft und Schuldbeitritt. 1907.
Wienstein: Inwiefern gibt es nach geltendem Privatrecht einen besonders gearteten Garantievertrag? Arch. für bürgerliches Recht, Bd. 31, S. 1 ff,
Windscheid: Pandekten, 2. Aufl. 1873.

Der Garantievertrag.

I. Teil: **Wesen und Inhalt des Garantievertrages.**

A. Begriff.

Der Garantievertrag gehört zu den im BGB. nicht geregelten Verträgen. Seine Regelung ist aber nur deshalb unterblieben, weil, wie aus den Motiven [1] hervorgeht, man annahm, daß der Garantievertrag sich wegen der Verschiedenheit der Verträge, die eine Garantieleistung zum Zweck und Inhalt haben, einer allgemeinen Regelung entziehe. Neben dieser indirekten Anerkennung in den Motiven ergibt sich seine Zulässigkeit aus dem das Schuldrecht beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit. Der Garantievertrag wird daher als schuldrechtliche Institution allgemein anerkannt. Ueber sein Wesen und seinen Inhalt jedoch, ebenso wie über die Abgrenzung gegen andere Verträge gehen die Meinungen auseinander.

Die Wesensmerkmale des Garantievertrages an Hand der gegebenen Begriffsbestimmungen nachzuprüfen und auf ihre Richtigkeit zu untersuchen, soll zunächst unsere Aufgabe sein. Eine grundlegende Abhandlung hat der Rechtsphilosoph Stammler [2] allerdings schon 1885, also für das gemeine Recht, über den Garantievertrag geschrieben. Diese Abhandlung hat wohl für alle den Garantievertrag Behandelnden den Ausgangspunkt gebildet und daher soll auch die Begriffsbestimmung Stammlers hier zuerst genannt werden. Stammler [3] versteht unter dem Garantievertrag denjenigen Vertrag, durch den jemand einer auf Vermögenserwerb gerichteten Unternehmung eines anderen dadurch Unterstützung und Förderung angedeihen läßt, daß er unentgeltlich das Risiko, das mit derselben verbunden ist, übernimmt. Dieser Begriffsbestimmung schließen sich im wesentlichen die Kommentare [4] und auch das Reichsgericht an, mit der Abänderung, daß sie anstelle von „Uebernahme des Risikos" den umfassenderen Ausdruck „des Einstehens für einen bestimmten Erfolg" setzen. Ein Teil läßt den Ausdruck „unentgeltlich" weg. Direkt verneint wird von Guggenheim, [5] daß die Unentgeltlichkeit ein Wesensmerkmal des Garantievertrages sei.

Wir sehen daraus schon, daß die Meinungen über den Garantievertrag auseinander gehen. Deshalb und zum Verständnis der weiteren Untersuchung soll zunächst einmal an Beispielen gezeigt werden, was unter einem „Garantievertrag" zu verstehen ist. Wir wollen vorerst das Gewährleistungsversprechen ausscheiden, das im Leben oft als Garantieversprechen bezeichnet wird und an einem Beispiele zeigen, daß eine solche „Garantie" mit dem Garantievertrage nichts zu tun hat. Bei ihm wird meist auch der Ausdruck „Garantie" oder „garantieren" gebraucht.

1) Motive II, S. 658.
2) Stammler, Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 69, S. 1. ff.
3) Stammler, S. 1
4) Staub § 349 Anm. 65; RGRK. Vorbem. 6b zu § 765; Rg. 61, S. 157; 90, S. 415.
5) Guggenheim, S. 15. Oertmann § 676.

Verkauft z. B. der Uhrmacher einem Kunden eine Uhr, so gibt er ihm auf diese Uhr auf eine bestimmte Zeit eine Garantie. Das will aber nur besagen, daß er sich über die gesetzliche Gewährleistungspflicht hinaus verpflichten will, Mängel, die im Material der Uhr begründet sind und die sich etwa im Laufe dieser Frist zeigen, unentgeltlich zu beseitigen [1]. Da die Vorschrift des § 459 BGB. nur dann zur Anwendung kommt, wenn keine andere Vereinbarung vorliegt, haben wir es hier mit einer besonderen Vertragsbestimmung zu tun, durch die die Parteien eine von der gesetzlichen Gewährleistung abweichende Vereinbarung getroffen haben. Es handelt sich hier um eine unselbständige Vereinbarung im Rahmen des Kaufvertrages, durch die die Verjährungsfrist wegen Mängel der Sache verlängert wird und zwar nur bezüglich solcher Mängel, die nicht durch Verschulden des Käufers oder zufällig entstanden sind. [2] Wir wollen im Gegensatze hierzu einen Vertrag betrachten, in dem jemand eine Garantie übernimmt.

Es wird einem Fabrikanten eine Erfindung angeboten. Dieser zögert jedoch mit Ankauf der Erfindung, da er nicht weiß, ob sie sich verwerten läßt. Wenn in diesem Falle ein Dritter, der an dem Ankauf der Erfindung interessiert ist, dadurch den Fabrikanten zum Ankauf der Erfindung veranlaßt, daß er ihm garantiert, es werde ihm durch dieses Unternehmen kein Verlust entstehen, oder das Unternehmen werde ihm einen bestimmten Gewinn einbringen, so handelt es sich hier in Wirklichkeit um einen „Garantievertrag". Hier wird für einen Erfolg eingestanden, also dafür, daß kein Ausfall oder ein bestimmter Gewinn entsteht. Es sind hier zwei klare Fälle gewählt, da nur gezeigt werden sollte, was unter einem „Garantievertrage" zu verstehen ist. Eine Abgrenzung des Garantievertrages gegen das unselbständige Gewährleistungsversprechen soll unten vorgenommen werden. Im Folgenden soll auf die geschichtliche Entwickelung des Garantievertrages eingegangen werden, denn aus ihr ist er in seiner heutigen Gestalt hervorgegangen.

B. Geschichtliche Entwickelung:

I. der wissenschaftlichen Behandlung.

Die Geschichte des Garantievertrages im römischen Recht ist von Stammler [3] sehr eingehend behandelt worden, sodaß auf sie hier nur soweit es zum Verständnis des Folgenden nötig ist eingegangen werden soll. Im römischen Recht gab es eine Institution, die als promissio indemnitatis bezeichnet wurde (Schadloshaltungsversprechen) und die man in Form der stipulatio abschloß. Sie ist eine der Wurzeln des heutigen Garantievertrages. Die Quellenstellen [4], die uns von dieser Institution berichten sind:

1) Siehe hierüber die Dissertation von Stein.
2) Stein, S. 19; Meyer, im Recht 1903, S. 76; Eccius S. 340 ff.
3) Stammler, S. 52.
4) Die nachfolgend angeführten Stellen sind auch bei Stammler, S. 52 ff., zum Teil auch bei Braune, S. 3 ff. ausführlich besprochen.

1) L. 8 § 1 D. ad. S. C. Velleianum (16,1).
Hier heißt es: Ulpianus libro IX ad edictum.
Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraherent et indemnitatem eis repromiserit, Papinianus libro nono quaestionum non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse neque veterem neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem.

Papinian stellt also fest, daß es sich nicht um eine Art der Interzession handelt, sondern, daß diese promissio indemnitatis ein eigener Vertrag sei, durch den nicht eine fremde Verbindlichkeit (wie das bei der Interzession der Fall ist) übernommen, sondern durch den eine selbständige Verbindlichkeit der Frau den Vormündern ihrer Kinder gegenüber begründet worden sei.

2) L. 19, pr. D. ad S. C. Velleianum (16,1):
Africanus libro IV quaestionum.
Tutor pupilli decesserat herede instituto Titio: cum de adeunda hereditate dubitaret quoniam male gesta tutela existimaretur, persuadente matre pupilli, ut suo periculo adiret, adiit stipulatusque de ea est indemnem se eo nomine praestari. si ex ea causa Titius pupillo aliquid praestitisset isque matrem conveniret, negavit exceptioni senatus consulti locum esse, quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intellegi possit.

Auch hier handelt es sich um eine promissio indemnitatis; die Frau garantiert hier dafür, daß der zur Erbschaft Berufene durch deren Antreten keinen Schaden erleiden werde.

Weitere derartige Stellen, die von einer promissio indemnitatis sprechen, finden sich im corpus iuris:
L. 6. C. ad S. C. Velleianum 4,29.
L. 2. C. si mater indemnitatem promiserit (5,46)
L. 19 pr. D. ad Velleianum 16,1.
Paulus, sent. recept. II,11 § 2.
L. 17 § 1 D. ad S. C. Velleianum 16,1.

Die Voraussetzungen, unter denen diese Verträge abgeschlossen wurden, kennen wir nicht; sie sind bestritten. Wohl aber entnehmen wir aus ihnen, daß es im römischen Recht in der promissio indemnitatis eine selbständige Art von Haftungsübernahmeverträgen gab, die nicht unter den Begriff der Interzession fielen und, daß man auch auf diese Art das Risiko einer Unternehmung übernehmen konnte.

Die andere römisch-rechtliche Wurzel unseres heutigen Garantievertrages ist das mandatum. Durch ein Mandat konnte der an einem Unternehmen Interessierte die gleiche Wirkung erzielen, denn er gab dem Unternehmenden den Auftrag das Geschäft durchzuführen und haftete ihm aus dem Auftragsvertrage. Aber es handelte sich hier, wie Stammler[1], bei dem sich die nachfolgend zitierten Beispiele auch finden, richtig erkennt, wohl um den gleichen Erfolg, der erreicht werden konnte, aber hier ist der Weg ein anderer. Eine derartige Möglichkeit

1) Stammler, S. 54.

das Risiko eines Unternehmens durch Auftrag oder Kreditauftrag auf sich zu nehmen, besteht auch nach unserem heutigen Recht (BGB. § 662 ff. u. § 778). Die betreffenden Stellen des corpus iuris, die von einer Haftungsübernahme durch Mandat sprechen, sind:

1) L. 32. D. mandati vel contra (17,1).
Julianus libro III. ad Urseium Ferocem. Si hereditatem aliter aditurus non essem quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo. si quis autem mandaverit alicui, ne legatum a se repellat, longe ei dissimile esse: nam legatum adquisitum numquam illi damno esse potuit: hereditas interdum damnosa est et in summa quicumque contractus tales sunt, ut (quicumque) eorum nomine fideiussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto: neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens vel praesens mandet. praeterea vulgo animadvertere licet mandatu creditorum hereditates suspectas adiri, quos mandati iudicio teneri procul dubio est.

2) L. 19 § 1, 2 D. ad S. C. Velleianum 16,1:
Africanus libro IV quaestionum.
§ 1. Nec dissimilem huic propositioni ex facto agitatam. cum quidam vir praetorius decessisset duobus filiis superstitibus, quorum alter impubes esset et alter legitimus tutor fratri esset et eum paterna hereditate abstinere vellet, mandatu uxoris defuncti, quae mater pupillo esset, abstento pupillo solum se hereditati miscuisse: ubi similiter se respondisse Iulianus ait, si ex ea causa agente pupillo damnum eo nomine passus esset, non impediri eum senatus consulto quo minus a muliere rem servaret.
§ 2. In proposita specie et illud tractandum est, an is, qui mandato mulieris adierit, si damnum ob it patiatur, quod debitores hereditarii solvendo non fuerint, senatus consulto locus sit, quasi quodammodo eorum obligationes mulier susceperit. magis autem est, ut ne ob hanc quidem causam senatus consultum locum habeat, quando non ea mente fuerit, ut pro his intercederet, sed tutoris adversus pupillum et ceteros forte creditores indemnem heredem praestaret.

Wir sehen hier, wie schon oben ausgeführt, daß sich im römischen Recht mit dem mandatum der gleiche wirtschaftliche Zweck erreichen ließ, wie mit der promissio indemnitatis. Auch hier ist der Unterschied eines solchen Vertrages von der Interzession von den Rechtsgelehrten[1] klar erkannt.

Ein weiteres Eingehen auf das römische Recht ist hier wegen der ausführlichen Behandlung bei Stammler nicht nötig. Es genügt für uns zu sehen, daß es nach römischem Recht möglich war durch Vertrag das Risiko eines Unternehmens auf sich zu nehmen, ohne den Weg der Interzession beschreiten zu müssen.

1) Besprochen auch bei Stammler, S. 66 ff.

Da es im alten deutschen Recht keinen Garantievertrag gab, begegnen wir der Institution des Garantievertrages im deutschen Recht erst nach der Rezeption.[1] Bis dahin hatte aber die Lehre vom Garantievertrag nicht nur keine Fortschritte gemacht, sondern der Garantievertrag wurde in den seltenen Fällen, in denen man sich mit ihm beschäftigte, auch verkannt. In der exegetischen Literatur finden wir nichts über den Garantievertrag. Bei den Italienern und den deutschen Doktoren wird vollständig verkannt, daß man es bei dem Garantievertrag mit einer besonderen Vertragsart zu tun hat.

Die von diesen begründete Auffassung, daß die „indemnitatis promissio" der Oberbegriff sei, der alle Arten von Indemnitätsversprechen wie Bürgschaft, Versicherung und jegliche Risikoübernahme oder Gefahrtragung umfasse, hat späterhin noch viel Unheil angerichtet.

Der usus modernus pandectarum führt zwar wieder eine Unterscheidung der einzelnen Rechtsinstitute durch, der Garantievertrag wird aber nur von ganz wenigen als promissio indemnitatis behandelt, und nur einzelne von diesen haben erkannt, daß es sich bei ihm um eine besondere Vertragsart handelt. Erst Windscheid[2] zeigte, daß die Art der Uebernahme des Risikos eines Unternehmens eine besondere selbständige Vertragsart bildet.

Stammler hat als erster den Garantievertrag systematisch behandelt. Daß dieser trotzdem nicht in das bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen wurde, mag an der Seltenheit seines Vorkommens, an dem Auseinandergehen der Ansichten über ihn und daran, daß er doch noch ziemlich unbekannt war, wie sich das aus der Begründung der Motive ergibt, liegen. Nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches ist der Garantievertrag in verschiedenen Dissertationen behandelt worden. So von Grell, Braune, Meyer, Guggenheim u. a. Wir werden auf diese Abhandlungen noch zurückkommen. Auch Wienstein[3] hat sich in einem Aufsatze mit dieser Institution beschäftigt.

II. der praktischen Anwendung.

Auf die praktische Anwendung des Garantievertrages im römischen Recht haben wir schon hingewiesen. Aus späterer Zeit haben wir, wenn auch nur wenige, Beispiele, die uns zeigen, daß man sich damals des Garantievertrages bediente. Die Seltenheit der Angaben über den Garantievertrag erklärt sich einmal aus dem Charakter des Garantievertrages, der ihn nicht zur Massenanwendung geeignet erscheinen läßt, und zum anderen ist es doch immer nur ein Bruchteil der Fälle, die zur richterlichen Kenntnis gelangen, da sich der Garantieempfänger nach Möglichkeit einen zahlungsfähigen Garanten suchen wird und der Garantiefall nur in wenigen Fällen eintritt. Erst die Zinsen-

1) Literaturangaben und Untersuchung siehe ebenfalls bei Stammler S. 72 ff.
2) Windscheid: Pandekten, § 412 Nr. 2.
3) Wienstein, Arch. für bürgerliches Recht, Bd. 31, S. 1 ff.

garantien bei Aktienunternehmungen, die im 18. Jahrhundert aufkamen und Garantien der Staaten waren, die dem Aktionär Sicherheit für einen bestimmten Gewinn boten und die Bedeutung solcher Verträge sorgten mit häufigerer Anwendung auch für das Bekanntwerden des Garantievertrages. Hierdurch ist dann auch die Wissenschaft wieder auf den Garantievertrag aufmerksam geworden. Insbesondere waren es in Deutschland die Ertragsgarantien der Staaten oder Provinzen für von Eisenbahngesellschaften zu errichtende Linien, die eine häufigere Anwendung der Zinsen- und Dividendengarantie brachten. Stammler[1] hat der Dividendengarantie einen größeren Abschnitt gewidmet und gibt die einzelnen Konstruktionsversuche ausführlich an. Wir brauchen daher hierauf nicht näher einzugehen.[2]

Erwähnt seien noch zwei interessante Fälle von Staatsgarantien aus neuester Zeit, die das Reich der Industrie gegenüber für die Lieferungen an die Sowjetunion und die Garantie, die das Reich beim Zusammenbruch der Darmstädter Bank deren Gläubigern gegenüber übernommen hat.

C. Untersuchung der wesentlichen Merkmale.

I. Wesentliche Merkmale:

Wir waren zu dem Ergebnis gekommen, daß es sowohl im römischen Recht, als auch nach der Rezeption im deutschen Recht einen Garantievertrag gegeben hat, und daß auch heute der Garantievertrag als Einrichtung unseres Privatrechts allgemein anerkannt ist. Damit ist aber nur wenig geholfen. Was das römische Recht anbetrifft, so sind die Stellen — wie oben schon erwähnt wurde — bezüglich ihrer Voraussetzung bestritten. Eine genaue Begriffsbestimmung läßt sich deshalb aus ihnen nicht ableiten. Die Arbeit Stammlers ist lange Zeit unbeachtet geblieben — die Motive halten den Garantievertrag für den Oberbegriff unter den auch Bürgschaft und andere Schadloshaltungsversprechen fallen sollten —, dann wurde seine Begriffsbestimmung in einzelnen Arbeiten kritiklos übernommen. Besonders sind es die Kommentare, die sehr knapp nur die Begriffsbestimmung Stammlers wiederholen. Etwas ausführlicher ist die Behandlung nur bei Staub, Staudinger und im Reichsgerichtsräte-Kommentar[3]. In verschiedenen Arbeiten wurden Einzelpunkte der Begriffbestimmung Stammlers angegriffen, teils allerdings ohne durchschlagende Begründung. Nur Guggenheim, der eine Behandlung des Garantievertrages im rechtsvergleichenden Wege versucht, hat seiner abweichenden Ansicht auch Gründe beigefügt.

Nach Stammler[4] liegt ein Garantievertrag dann vor, wenn jemand einer auf Vermögenserwerb gerichteten Unternehmung eines anderen dadurch Unterstützung und Förderung angedeihen läßt, daß er unentgeltlich das Risiko, das mit dieser Unternehmung

1) Stammler, S. 84 ff.; siehe auch Staub § 215, Anm. 4.
2) Ueber die völkerrechtliche Garantie siehe die Abhandlung Sendler's.
3) auch bei Enneccerus in der neusten Auflage § 334 II. Staub § 349, Anm. 65. Staudinger Bd. II, 3. Vorbem. 6 zu Titel 18. RGRK. § 765 Vorbem. Leonhard § 165
4) Stammler, S. 1.

verbunden ist, übernimmt. Wir wollen zuerst untersuchen, was unter der Uebernahme des Risikos zu verstehen ist.

1) Das Einstehen des Garanten für Ausfall eines Unternehmens.

Der Garant übernimmt, wie Stammler sagt, das „Risiko" eines Unternehmens. Damit ist gemeint, daß er dafür eintritt, daß der Unternehmer keinen Verlust erleiden oder einen bestimmten Gewinn machen werde. Man war sich darüber einig, daß der Ausdruck Stammlers beide Möglichkeiten umfassen sollte. Nur der Ausdruck selbst ist kritisiert worden. So sagt Meyer[1] über ihn, wenn man vom Risiko spreche, so sei darunter nur die Uebernahme der Gefahr zu verstehen. Der Garant könne aber auch dafür einstehen, daß bei einem Unternehmen ein bestimmter Gewinn erzielt werde und das gehe aus dem Ausdruck „Uebernahme des Risikos einer Unternehmung" nicht hervor. M. E. umfaßt der Ausdruck „Uebernahme des Unternehmerrisikos" beides. Denn das Risiko des Unternehmers besteht doch nicht nur darin, daß er Gefahr läuft einen Teil seines im Unternehmen investierten Vermögens zu verlieren, sondern auch darin, daß er bei dem Unternehmen keinen Gewinn erzielt. Auch letzteres würde für ihn schon einen Schaden oder Ausfall bedeuten, da er sein Geld in einer anderen Unternehmung sicher und gewinnbringend hätte anlegen können. Diese Auffassung vertritt auch Braune[2], der unter dem Tragen des Risikos einer Unternehmung auch das Einstehen für den positiven wirtschaftlichen Erfolg versteht. Eine gewisse Gleichmäßigkeit des Ausdruckes ist dadurch erzielt worden, daß man anstelle des Ausdruckes der Garant trage das Risiko des Unternehmens, den Ausdruck, der Garant stehe für den Erfolg eines Unternehmens ein, gesetzt hat. Dieser Ausdruck der ursprünglich von Planck[3] stammt, ist in die neueren Reichsgerichtsentscheidungen[4] und in die Literatur übernommen worden, so von Meyer[5], Staudinger[6], Staub[7] R.G.R. Komm[8]. u. a. Wienstein[9] bemerkt jedoch richtig, daß dieser Ausdruck weniger bestimmt sei und die Gefahr einer unzulässigen Ausdehnung des Garantievertrages vermehre. Wir müssen sagen „noch weniger bestimmt" denn beide Ausdrücke sind unbestimmt und mehrdeutig. Auch bei der Bürgschaft übernimmt der Bürge dem Bürgschaftsempfänger gegenüber das Risiko, das dieser läuft, nämlich, daß der Schuldner nicht zahlen kann. Die Höhe der Haftung bestimmt sich hier zwar nach anderen Grundsätzen, wegen der Akzessorietät der Bürgschaft, aber das Risiko übernimmt der Bürge auch. Das Gleiche gilt vom Schuldbeitritt und auch vom Versicherungsvertrage. Wenn auch bei dem Letzteren das Risiko nur in bestimmter Richtung und für einzeln aufgezählte Fälle

1] Meyer, § 19.
2] Braune, S. 11.
3] Plank, Bd. II, S. 822.
4] RGE. 61, 157; 90, 415.
5] Meyer, S. 19 ff.
6] Staudinger, Bd. II, 3, S. 1469.
7] Staub, § 349 Anm. 65, Oertmann, § 676.
8] RGR. Komm. Vorbem. 6b zu § 765.
9] Wienstein, S. 8.

übernommen wird, so bleibt die Risikoübernahme des Versicherers in diesen Fällen. Noch unbestimmter ist „Das Einstehen für einen bestimmten Erfolg". Das trifft auch im Falle der Bürgschaft zu; denn auch hier wird für den Erfolg, die Zahlung durch den Schuldner eingestanden. Genau so ließe sich dieser Ausdruck auf die Vepflichtungen beim Schuldbeitritt oder beim Versicherungsvertrage anwenden.

Diese unbestimmten Ausdrücke haben auch verschuldet, daß man den Garantievertrag für den Oberbegriff gehalten hat, unter den auch Bürgschaft und Schuldbeitritt fielen, daß man ihn auch als einen unentgeltlichen Versicherungvertrag angesehen hat. Es ist das Verdienst Leonhard's[1] auf die Unbestimmtheit dieser Ausdrücke hingewiesen und sie durch den richtigen Ausdruck „Ausfall" ersetzt zu haben. Die Verpflichtung des Garanten geht auf den Ausfall. Der Ausfall aber ist das Endergebnis eines Unternehmens. Er ist gleichsam das Resultat, das sich nach der Gesamtabrechnung des Unternehmens als Gewinn oder Verlust ergibt. Dieser Ausdruck zeigt uns auch, wofür der Garant haftet. Er läßt klar erkennen, daß das nicht das Einstehen für die Schuld eines dritten ist, nicht eine Haftung auf Schadenersatz, sondern daß der Garant nur für das haften will, was dem Unternehmer durch dieses Unternehmen ausfällt.

2. Begriff und Art des Unternehmens.

Wir wollen jetzt zunächst den Begriff „Unternehmen" bestimmen. Wenn man von jemand sagt, daß er etwas unternimmt, so will man damit nicht sagen, daß er eine Tätigkeit ausübt, etwas tut. In dem Wort „unternehmen" liegt vielmehr auch schon ein Urteil über die Tätigkeit. Es muß ein Handeln sein, das eine Gefahr mit sich bringt, bei dem der Handelnde ein Risiko läuft. Wenn ich etwas unternehme, dann muß die Möglichkeit des Mißlingens bestehen. Das wenigstens ist der ursprüngliche Sinn des Ausdruckes „unternehmen". Man unternimmt eine Nordpolexpedition, einen Flug um die Welt, nicht aber einen Sonntagnachmittagsspaziergang. Wenn man für das Letztere heute auch den Ausdruck „Unternehmen" gebraucht, so ist seine Anwendung falsch oder zum Mindesten absichtlich stark übertrieben. Nach dem Sprachgebrauch ist also „Unternehmen" ein Tun, das eine Unsicherheit mit sich bringt. Gleichzeitig aber setzt die Anwendung des Ausdruckes „Unternehmen" noch etwas voraus, nämlich eine gewisse quantitative oder qualitative Größe des Handelns. Diesen Beigeschmack hat das Wort Unternehmen auch im volkswirtschaftlichen und juristischen Sinne. Nicklisch[2] versteht unter einem Unternehmen eine wirtschaftliche Betätigung, bei der jemand ein Vermögensrisiko freiwillig auf sich nimmt. Hellauer[3] sagt dazu richtig, daß man von einer Unternehmung erst dann sprechen könne, wenn es sich um eine wirtschaftliche Betätigung von größerem Umfange handle. Der

1] Leonhard, § 165.
2] Nicklisch, S. 1 ff.
3] Hellauer, S. 19.

Ausdruck „Unternehmung“ ist allerdings nicht gleichbedeutend mit „Unternehmen“, denn er wird als betriebswirtschaftlicher Fachausdruck nur bezügl ch einer wirtschaftlichen Tätigkeit gebraucht, wie wir das bei Nicklisch nnd Hellauer sehen. Rieger[1], der sich auch mit der Unternehmung im privatwirtschaftlichen Sinne beschäftigt, setzt den Unternehmer in Gegensatz zum Handwerker. Während der Letztere bezahlt werde, wenn er arbeite, könne der Unternehmer trotz angestrengter Arbeit Geld verlieren. Und gerade dieses, die Möglichkeit des Mißlingens, des Ausfalles, das Vermögensrisiko kennzeichnen den Unternehmer. Wir müssen aber dieses Risiko noch kennzeichnen als ein besonderes, das über das alltägliche Maß hinausgehen muß. Auch der Handwerker läuft das Risiko, daß ihm eine Arbeit mißlingt, daß der Besteller nicht zahlen kann. Aber das ist nicht das Risiko des Unternehmens. Außer der Betriebsgröße fehlt hier das dem Unternehmen eigentümliche, ihm über das Durchschnittsmaß hinaus anhaftende, Risiko. Die Bestimmung hängt also von der Größe und Art des Unternehmens und des ihm eigentümlichen Risikos ab. Das sind relative Größen und deswegen können die Grenzen bis zu einem gewissen Grade flüssig sein. Man wird jedoch stets den Sachverhalt auf diese Merkmale hin untersuchen und nach ihnen eine Prüfung vornehmen müssen, ob ein Unternehmen vorliegt oder nicht.

Der Garant übernimmt dieses dem Unternehmen eigentümliche Risiko, indem er für den Ausfall, den das Unternehmen etwa mit sich bringt, einsteht. Hieraus geht hervor, daß die Garantie sich zahlenmäßig festlegen lassen muß und folglich auch die Unternehmung, wenn ein zahlenmäßiger Gewinn oder Schaden entstehen kann, eine materielle Basis haben muß. Stammler[2] sagt zwar in seiner Begriffsbestimmung, daß es sich um eine auf Vermögenserwerb gerichtete Unternehmung handeln müsse, bringt aber selbst Beispiele[2], aus denen hervorgeht, daß das Unternehmen eine Erwerbstendenz nicht zu haben braucht. So in dem Beispiel des akademischen Musikvereins, dem der Senat der Universität eine bestimmte Summe aus dem Verkauf der Eintrittskarten garantiert. Hier handelt es sich zweifellos um einen Verein mit idealem Zweck, bei dem von Erwerbstendenz keine Rede sein kann und der nur die Unkosten, die ihm durch die Aufführung entstehen, decken will. Stammler hat mit diesem Ausdruck — wie auch Guggenheim[4] richtig erkennt — wohl nur sagen wollen, daß es sich um eine Unternehmung handeln muß, bei der ein ziffernmäßig ausdrückbarer Gewinn oder Verlust entstehen kann.

In einer anderen Richtung wird man den Begriff des Unternehmens noch genauer bestimmen müssen, um, worauf Leonhard[5] richtig hinweist, eine Unterscheidung vom Versicherungsvertrage[6]

1] Rieger, S. 13 ff.
2] Stammler, S. 1.
3] Stammler, S. 4c.
4] Guggenheim, S. 15.
5] Leonhard, § 165.
6] Abgrenzung des Garantievertrages vom Versicherungsvertrage siehe III. Teil D.

zu ermöglichen. Bei dem Garantievertrage stehen bestimmte Zeitpunkte, wenn auch nicht Datumsmäßig, als Abrechungstermin oder Endtermin des Unternehmens fest. Es handelt sich also bei dem Garantievertrage um ein Einzelunternehmen, ein oder mehrere Einzelgeschäfte, für deren Erfolg der Garant eintritt, nicht um eine Unternehmung[1], also nicht um einen Dauerzustand der gesichert werden soll. Der Garant will keinen Zustand sichern, sondern ein bestimmtes einmaliges Unternehmen, eine einmalige Handlung des Garantieempfängers dadurch ermöglichen, daß er für den Ausfall eintritt, der am Ende des Unternehmens offenbar wird. Es muß sich bei dem Unternehmen um ein einmaliges oder mehrmaliges Tun des Garantieempfängers handeln, das auf einer materiellen Grundlage steht. Neben diesen letzteren Erfordernis steht das der Bestimmbarkeit der Leistung des Garanten. Der Garant kann seine Verpflichtung sowohl für ein fremdes Unternehmen als auch für sein eigenes Unternehmen oder Verhalten eingehen. Im übrigen gelten für den Garantievertrag die allgemeinen Erfordernisse des Schuldrechts[2]. Daß ein Garantievertrag, dessen Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt, nichtig ist, bedarf eigentlich keines besonderen Hinweises. Bezüglich der Unmöglichkeit ist noch zu sagen, daß, wenn das Unternehmen nicht ausführbar ist, eine Gewährleistung seines Erfolges unmöglich ist[3]. Ein Garantievertrag, der ein solches unmögliches Unternehmen sichern sollte, wäre also auch nichtig; ganz anders dagegen, wenn das Unternehmen stattfinden, aber nicht den beabsichtigten Erfolg haben kann. Eine ursprünglich objektive Unmöglichkeit der Leistung gibt es beim Garantievertrage nicht, da der Garant für den ziffernmäßig ausdrückbaren Gewinn oder Verlust einsteht, seine Leistung also auf Geld geht.

3) Formfreiheit des Garantievertrages.

Für den Abschluß des Garantievertrages ist die Erfüllung einer Form nicht nötig. Man hat zwar behauptet, der Garantievertrag und auch die kumulative Schuldübernahme seien ebenso wie die Bürgschaft der Schriftform unterworfen, und diese Behauptung erklärt sich aus der äußeren Aehnlichkeit beider Rechtsinstitute mit der Bürgschaft. Wir werden aber unten bei der Abgrenzung des Garantievertrages von anderen Vertragsarten sehen, daß diese Aehnlichkeit eben nur eine äußerliche ist und, daß bei genauerem Zusehen Wesensunterschiede erkennbar werden, die zeigen, daß es sich um vollkommen verschiedene Einrichtungen handelt. Die Formvorschrift für die Bürgschaftserklärung wurde im Hinblick auf die Gefahr gegeben, die demjenigen droht, der eine solche Erklärung abgibt[4] und deren er sich in vielen Fällen nicht bewußt sein würde, da er sie nicht erkennt und ihm die Abgabe der Erklärung unter der Vorspiegelung, daß es sich nur um eine Formalität handele, um eine

1] a. A. Guggenheim, S. 14.
2] siehe hierüber auch Stammler S. 122 ff.
3] Vgl. hierüber die richtigen Ausführungen in RGE. 90, 415.
4] Siehe auch Leonhard § 165.

harmlose Gefälligkeit, und daß die Gefahr für ihn, haften zu müssen, vollkommen ausgeschlossen sei, entlockt würde. Ohne diese Vorschrift würde die Bürgschaft weit häufiger sein, und insbesondere einfache Leute, die aus Rechtsunkenntnis glauben, daß ein Vertrag stets schriftlich sein müsse, würden dann aus einer solchen, von ihnen unüberlegt abgegebenen Erklärung haften müssen[1]. Dieser Gefahr sollte durch die Formvorschrift gesteuert werden. Ganz anders verhält es sich mit dem Garantievertrage. Der Garant tritt für den Erfolg des Unternehmens ein und übernimmt damit eine selbständige, von der Verbindlichkeit des Hauptschuldners unabhängige Verpflichtung. Entscheidend ist die relative Seltenheit des Garantievertrages einmal und zum anderen, daß diese Einrichtung fast ausschließlich von geschäftsgewandten und auch wirtschaftlich starken Personen angewandt wird, die eines solchen Schutzes im Gegensatz zu den oben erwähnten Bevölkerungskreisen nicht bedürfen. Für diese Ansicht spricht auch die Vorschrift des HGB., wonach der Kaufmann eine Bürgschaft auch mündlich übernehmen kann, also die Geschäftsgewandheit der Kontrahenten berücksichtigt wird. Der Abschluß eines Garantievertrages kann also formlos geschehen[2]. Sogar, wenn es sich bei dem Unternehmen selbst um Grundstücke handelt, wie Stammler[3] an einem interessanten Beispiel zeigt.

Wir haben damit die Wesensmerkmale des Garantievertrages kennen gelernt Es sind noch weitere objektive und subjektive Merkmale aufgestellt worden, deren Eigenschaft als Wesensmerkmale wir nicht anerkennen können. Wir wollen diese Merkmale untersuchen und ihre Ablehnung begründen und zwar zunächst die objektiven.

II. Keine Wesensmerkmale sind:

1) Objektiver Art:

Objektive Wesensmerkmale sind nach Stammler u. a. noch die „Selbständigkeit des abgeschlossenen Vertrages“ und „die Unentgeltlichkeit der Garantieübernahme“. Wir wollen zuerst die Selbständigkeit als Wesensmerkmal des Garantievertrages behandeln.

a) Selbständigkeit des abgeschlossenen Vertrages.

Nach dieser Ansicht muß der Garantievertrag ein selbständiger Vertrag sein. Dieses „selbständig“ ist nach Stammler nicht zum Gegensatz zu „unverbunden“ zu verstehen, sondern es ist hier im Gegensatz zu „unselbständig“ gemeint, insbesondere zur Unterscheidung des Garantievertrages von dem unselbständigen Gewährleistungsversprechen, wie es der Verkäufer seinem Kunden häufig gibt. Diese Auffassung Stammlers, daß die Selbständigkeit das Abgrenzungsmerkmal gegen das unselbständige Gewährleistungsversprechen bilde und, daß die Selbständigkeit überhaupt ein Wesensmerkmal des Garantievertrages sei, ist m. E. nicht zutreffend. Wie wir noch sehen

1] Ebenso Guggenheim, S. 75.
2] Stammler, S, 118; Grell, S. 66; Guggenheim, S. 74 ff.
3] Stammler, S. 140|41.

werden, und wie auch Leonhard[1] betont, braucht es sich bei dem Garantievertrage durchaus nicht immer um einen selbständigen Vertrag zu handeln. Die Beweisführung Stammlers, der die Garantiebestimmung eines Vertrages als selbständig ansieht, ist nicht durchschlagend. Stammler sucht die Selbständigkeit dadurch zu beweisen, daß er vergleicht, wie es sich verhalten würde, wenn ein dritter die Garantie übernommen hätte. In diesem Falle würde dann zweifellos ein Garantievertrag vorliegen. Aber ein solcher Vergleich ist nicht gerechtfertigt und daher auch nicht geeignet, etwas zu beweisen. Es werden häufig im Rahmen anderer Verträge Bestimmungen getroffen, die die Wesensmerkmale des Garantievertrages zeigen, denen aber die Selbständigkeit fehlt. Und demnach finden auch auf sie die Normen für den Garantievertrag Anwendung, da sie dessen Wesensmerkmale haben. Wenn im Rahmen eines Pachtvertrages ein bestimmter jährlicher Reinertrag des gepachteten Gutes von dem Verpächter garantiert wird und dieser für den Ausfall einstehen will, kann man bezüglich dieser Garantiebestimmung nicht mehr von Selbständigkeit sprechen. Es handelt sich nur um eine unselbständige Bestimmung eines anderen Vertrages, eine Garantiebestimmung[2]. Diese Garantiebestimmung zeigt aber die Wesensmerkmale des Garantievertrages, die wir oben als solche festgestellt haben, das Einstehen des Garanten für den Ausfall des Unternehmens. Der Garantievertrag wird also durch den Verlust der Selbständigkeit in seiner Eigenschaft als solcher nicht beeinflußt. Auch die unselbständige Garantiebestimmung ist Garantievertrag. Wir sehen also, daß mit Leonhard[3] die Selbständigkeit des abgeschlossenen Vertrages als Wesensmerkmal des Garantievertrages zu verneinen ist. Die Stammlersche Auffassung in dieser Beziehung ist abzulehnen.

b) Die Unentgeltlichkeit.

Die Stammlersche Begriffsbestimmung enthält als weiteres Kennzeichen des Garantievertrages, daß der Garant unentgeltlich das Risiko des Unternehmens, das er fördern will, übernehmen müsse. Eine eingehende Begründung für seine Ansicht ist in seiner Abhandlung nicht zu finden. Auch die Schriftsteller[4], die seiner Ansicht folgen, haben hierzu nicht ausführlich Stellung genommen. Die Kommentare haben teilweise dieses Merkmal aus der Stammlerschen Begriffsbestimmung ausgeschaltet und erwähnen auch nichts darüber, weshalb dies geschehen sei. Eine andere Ansicht, daß der Garantievertrag auch entgeltlich seine könne, wird von Dernburg[5], Crome[6], Cosack[7], J. A. Meyer[8], Guggenheim[9] und Leonhard[10] vertreten. Nur

1] Leonhard, § 165.
2] Siehe hierzu auch die Ausführungen über den verbundenen Garantievertrag unter I. Teil E.
3] Leonhard § 165.
4] Grell, S. 3 u. 38; Kröner, S. 2; Meinrath, S. 3; Braune, S. 15; vgl. RGE. 90, 8. 415.
5] Dernburg II, S. 411.
6] Crome § 300.
7] Cosack, S. 550.
8] J. A. Meyer, S. 7
9] Guggenheim, S. 16.
10] Leonhard, § 165.

Guggenheim hat seine Ansicht ausführlich begründet. Er zeigt an einem Beispiel, daß der Garantievertrag nicht notwendigerweise unentgeltlich sein muß. Wenn nämlich bei einem Vertrage vereinbart wird, daß die Garantiesumme, die wegen Ausbleibens des garantierten Gewinnes in einem Jahre bezahlt werden mußte, falls im folgenden Jahre ein hoher Gewinn entsteht, (z. B. bei staatlicher Zinsengarantie) an den Garanten mit Zinsen zurückgezahlt werden muß. Gegen J. A. Meyer, der schon in der Rückzahlungsbedingung allein eine Gegenleistung, also Entgeltlichkeit erblickt, führt Guggenheim richtig aus, daß es sich hier nicht um eine Gegenleistung handelt. Die Vereinbarung jedoch, daß die Garantiesumme in Ueberschußjahren mit Zinsen zurückbezahlt werden muß, macht den Garantievertrag zu einem entgeltlichen Vertrage. Guggenheim ist selbst etwas erstaunt über sein Resultat und fragt sich, ob durch diese Abmachungen nicht der Charakter des Vertrages als Garantievertrag verloren gehe. Wir wollen das näher untersuchen. Die Ausführungen Guggenheims, daß trotzdem noch ein Garantievertrag vorliege und nicht etwa ein Versicherungsvertrag, und die Nachprüfung an den Wesensmerkmalen des Garantievertrages sind zweifellos richtig. Es bestehen zwei Möglichkeiten. Einmal kann man die Rückleistung als eine Nebenverpflichtung des Garantievertrages betrachten und damit wäre auch die Verpflichtung diese Rückleistung zu verzinsen, eine Nebenbestimmung, die auf den Charakter des Hauptvertrages keinerlei Einfluß hat. Dies ist die Beweisführung Guggenheims, wonach es also auch einen entgeltlichen Garantievertrag gibt und ich möchte mich dieser Auffassung anschließen. Eine andere Möglichkeit der Auffassung wäre die, daß die Rückleistungsbedingung als auflösende Bedingung gedacht ist; im Falle des späteren Ueberschusses zeige sich, daß der Garantiefall überhaupt nicht eingetreten war und daher die Garantiesumme als zu Unrecht gezahlt, mit Zinsen zurückzuerstatten sind. Die Verzinsung dieser Summe aber würde dann mit dem Garantievertrage selbst nichts mehr zu tun haben. Ich halte, wie schon gesagt, die erstere Auffassung für richtig. Ein anderes Beispiel für die Möglichkeit eines entgeltlichen Garantievertrages bringt Leonhard[1]. Es ist der Fall, daß den Garanten für ihre Garantie, daß bei einer Theatervorstellung kein Ausfall entstehen werde, Vorzugplätze im Theater gegeben werden. Es bleibt auch hier festzustellen, ob durch die Vereinbarung einer Gegenleistung, also Entgeltlichkeit des Vertrages, dessen Wesen verändert wird. Wir müssen untersuchen, ob noch ein Garantievertrag vorliegt, oder ob es sich um einen Versicherungsvertrag handelt. Wie unten[2] ausgeführt wird, besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Vertragsarten darin, daß beim Versicherungsvertrage für einen entstandenen Schaden gehaftet wird, während beim Garantievertrage im Gegensatz hierzu dafür eingestanden wird, daß kein Ausfall

1] Leonhard, § 165.
2] III. Teil D.

entsteht. Der Garant haftet also, wie Leonhard[1] richtig sagt, nicht für einen eingetretenen Schaden, sondern für den entstandenen Ausfall. Das Letztere trifft in unserem Beispiele zu, denn die Garanten wollen hier nicht für einen Schaden haften, sondern dafür, daß den Unternehmern kein Ausfall entsteht. Wir haben auch schon gesehen, daß die Versicherung für einen Dauerzustand abgeschlossen wird, der Garantievertrag dagegen ein einmaliges Unternehmen (Einzelgeschäft) betrifft. Bei dem Garantievertrage wird also, wie das auch in unserem Beispiele der Fall ist, für eine bestimmte Unternehmung, deren Abwicklung, und Endtermin feststeht, ein Erfolg garantiert. Damit wird für einen Ausfall gehaftet, der sich aus der natürlichen Abwicklung des Unternehmens selbst ergibt. Beim Garantievertrage will der Garant das Unternehmen gerade durch seine Garantie erst möglich machen, während beim Versicherungsvertrage für den Schaden, der einer Person oder einem schon bestehenden Unternehmen (als Dauerzustand) durch ungewisse, meist von außen an das Unternehmen herantretende, bestimmte Ereignisse droht[2]. Danach wird auch durch die Vereinbarung einer Gegenleistung der abgeschlossene Vertrag nicht zu einem Versicherungsvertrage. Er bleibt ein Garantievertrag, weil dessen Wesensmerkmale, die ihn vom Versicherungsvertrage abgrenzen, durch die Festsetzung eines Entgelts für die Garantierübernahme nicht beeinflußt worden sind. Die Vereinbarung eines Entgelts ist also bei dem Garantievertrage, wie sich das aus dem vorliegenden Beispiel ergibt, sehr wohl möglich. Es ist das Wesensmerkmal der Unentgeltlichkeit für den Garantievertrag mit den obigen Autoren zu verneinen.

Wir haben damit gezeigt, daß weder die Selbständigkeit des abgeschlossen Vertrages noch die Unentgeltlichkeit desselben dem Garantievertrage wesentliche Merkmale sind. Außer diesen objektiven Merkmalen sind als subjektive Merkmale „das Interesse des Garanten an dem Erfolge des Unternehmens“ und „der Glaube des Garanten an den Erfolg des Unternehmens“ aufgestellt worden. Die Wesentlichkeit beider ist zu verneinen, und wir wollen das zunächst für das Interesse des Garanten ausführen.

2) subjektiver Art.

a. Interesse des Garanten.

Die Aufstellung des Interesses als Wesensmerkmal des Garantievertrages geht ebenfalls auf Stammler[3] zurück. Dieser fordert als Veranlassung des Garanten zur Garantieübernahme dessen Interesse an dem von ihm gesicherten Unternehmen. Er sagt, es sei gleich worin dieses Interesse des Garanten bestehe, nur müsse ein tatsächliches Interesse vorhanden sein. Sein Interesse und seine erste Absicht sei, das Unternehmen,

1] Leonhard, ebda.
2] Crome, S. 838, siehe auch Guggenheim S. 69.
3] Stammler, S. 3. u. 51.

dessen Erfolg er garantiere zu Stande zu bringen oder aufrecht zu erhalten. Dieser Auffassung Stammlers hat sich die große Mehrheit der Schriftsteller angeschlossen, so insbesondere Meyer[1] Braune[2] und Grell[3]. Wir haben oben schon gesagt, daß wir dem nicht zustimmen können. Wenn die Durchführung eines im allgemeinen Interesse liegenden Unternehmens (Theatervorstellung) durch Einzelgarantien mehrer gesichert werden soll, so wird ein Teil der Garanten gewiß aus Interesse an dem Unternehmen garantieren. Andere, die kein Interesse an dem Unternehmen haben, garantieren vielleicht aus Prahlsucht. Wieder andere, stehen dem Unternehmen sogar ablehnend gegenüber und werden doch mit Rücksicht auf ihre Stellung und auf das Urteil der Allgemeinheit eine Garantie übernehmen. Sollen dann nur die Ersten durch ihre Garantieübernahme verpflichtet werden, die Anderen jedoch wegen fehlenden Interesses an dem Unternehmen nicht?. Und wie soll der Garantieempfänger erkennen, ob sein Garant ein Interesse an dem Unternehmen hat oder nicht? Wir sehen daraus, daß ein Interesse des Garanten an dem Unternehmen dem Garantievertrage nicht wesentlich ist. Nur der Sinn der Erklärung geht darauf das Unternehmen zu fördern, das Interesse des Garanten kann ein ganz anderes und braucht insbesondere kein Interesse an dem Unternehmen zu sein.

b. Der Glaube des Garanten an die Möglichkeit des Erfolges.

Auch dieses insbesondere von Meyer[4] hervorgehobene Merkmal können wir nicht als Wesensmerkmal anerkennen. Er sagt, wenn der Glaube des Garanten an die Möglichkeit des Erfolges fehle, so falle damit das Garantieversprechen als sinnlos in sich zusammen. Wir haben oben festgestellt, daß bei Vertragsschluß der Ausfall noch nicht eingetreten sein darf. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Garant das Nichtentstehen eines Ausfalles für möglich halten muß. In vielen Fällen wird der Garant sogar wissen, daß mit aller Wahrscheinlichkeit ein Ausfall entstehen wird. Wenn in dem obigen Falle der Garantie für ein Theaterunternehmen die Garanten aus Erfahrung wissen, daß ein Ausfall wahrscheinlich oder sogar sicher ist, sollen sie dann nicht aus ihrer Garantieerklärung haften?. Oder sollen nur diejenigen haften, die den Erfolg des Theaterunternehmens für möglich gehalten haben?. Dieses Beispiel zeigt uns, daß auch ein Glaube des Garanten an die Möglichkeit des Erfolges oder an das Nichtentstehen eines Ausfalles dem Garantievertrage nicht wesentlich ist.

Hiermit haben wir die Untersuchung der Wesensmerkmale des Garantievertrages beendet. Als Wesensmerkmale haben wir erkannt: das Einstehen des Garanten für den Ausfall eines

1] Meyer, S. 23 ff.
2] Braune, S. 16 ff.
3] Grell, S. 31.
4] Meyer, S. 25 ff.

Unternehmens, die Art des garantierten Unternehmens das Entstehen eines Ausfalles und die Formfreiheit des Garantievertrages. Verneint haben wir die Eigenschaft von Wesensmerkmalen für die Selbständigkeit und die Unentgeltlichkeit, das Interesse des Garanten am Erfolge des Unternehmens und den Glauben des Garanten an die Möglichkeit des Erfolges.

Nach dieser Untersuchung ist also der Garantievertrag ein Vertrag, in dem jemand das Unternehmen eines anderen dadurch unterstützt, daß er für den Ausfall des Unternehmens einsteht.

D. Arten des Garantievertrages.

I. Der selbständige Garantievertrag.

Wir haben oben schon den Garantievertrag als selbständigen Vertrag kennen gelernt Daß es eine selbständige Vertragsart im bürgerlichen Recht gibt, die wir als Garantievertrag bezeichnen, ist heute allgemein anerkannt und bedarf daher keiner weiteren Ausführung. Aber wir haben oben nicht untersucht, wie sich der Garantievertrag bei seiner Verbindung mit einem anderen Vertrage verhält. Erst diese Untersuchung aber wird uns zeigen, ob der Garantievertrag nur für sich allein vorkommen kann, und in Verbindung mit einem anderen Vertrage seine Wesensart behält, ob er auch in Form eines gemischten Vertrages als verbundener Garantievertrag bestehen kann.

II. Der verbundene Garantievertrag.

Stammler[1] hält es für möglich, daß der Garantievertrag als Teil eines anderen, größeren Vertrages vorkommt. Dies wird von anderen, besonders Wienstein bestritten. Die meisten Schriftsteller nehmen m. E. mit Recht an, daß der Garantievertrag, als selbständige Vertragsart des bürgerlichen Rechtes anzuerkennen sei. Wenn dies aber der Fall ist, so ist nicht einzusehen, warum sich diese Vertragsart anders verhalten solle als andere, z. B. Kauf-, Miet- oder Pachtvertrag, und nicht gleich ihnen in Verbindung mit einem anderen Vertragstyp als sog. gemischter Vertrag vorkommen soll. Wienstein[2] erkennt auch den unverbundenen Garantievertrag an und bejaht damit, daß er eine selbständige Vertragsart sei. Die Möglichkeit einer Verbindung mit anderen Verträgen verneint er jedoch, da der Garantievertrag in diesem Falle seine Selbständigkeit verliere und nur zu einer Vertragsbestimmung des anderen Vertrages werde. Er verneint dabei die Möglichkeit der Aufstellung einheitlicher Wesensmerkmale wegen der Verschiedenartigkeit solcher Verträge. Wienstein hat richtig die Gefahr einer unzulässigen Ausdehnung des Garantievertrages erkannt. Auch seiner Auffassung bezüglich des Verlustes der Selbständigkeit des Garantievertrages im Falle der Verbindung mit einem anderen Vertrage ist zuzustimmen. Unrecht jedoch hat er, wenn er die einheitlichen Wesensmerkmale

1] Stammler, S. 4 u. 9.
2] Wienstein, S. 7.

in den unselbständigen Garantiebestimmungen verneint. Auch der Weg, den er eingeschlagen hat, ist nicht der richtige. Wenn man den Garantievertrag als selbständige Vertragsart anerkennt, ist es nicht folgerichtig, die Möglichkeit einer Verbindung mit anderen Verträgen zu verneinen. Der verbundene Garantievertrag (Garantiebestimmung) und das Gewährleistungsversprechen zeigen freilich oft eine so große Aehnlichkeit, daß es schwierig ist, sie voneinander zu unterscheiden. Das erkennen auch Stammler[1] und Guggenheim[2] u. a. an. Sie weisen darauf hin, daß eine Unterscheidung nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung aller Einzelumstände und Würdigung des Gesamttatbestandes möglich sei. Wir wollen zunächst ein Beispiel an dem Stammler[3] die Möglichkeit eines verbundenen Garantievertrages nachweisen will daraufhin untersuchen, ob es wirklich einen solchen gibt. Eine Stadtgemeinde besetzt die Stelle eines städtischen Arztes, indem sie den Bewerber, der bei der geringen Höhe des Gehaltes die Stelle ausschlagen würde, dadurch zur Annahme bewegt, daß sie ihm eine Nebeneinnahme aus seiner Privatpraxis in gewisser Höhe garantiert. Da das Beamtenverhältnis ein öffentlich-rechtliches ist und die Anstellung durch Verwaltungsakt auf Zustimmung erfolgt, ist es vielleicht richtiger, wenn man, wie Guggenheim[4] das tut, um das ganze Rechtsverhältnis dem Privatrecht zu unterstellen, den Fall insofern umändert, daß man an die Stelle der Stadtgemeinde einen Fabrikanten treten läßt, der einen Fabrikarzt unter den obigen Voraussetzungen anstellt. Im übrigen wird durch diese Ueberführung in das Privatrecht an dem Falle nichts geändert. Nach Stammler[5] liegt hier ein gemischter Vertrag vor, in dem ein Dienstvertrag und ein Garantievertrag in äußerlicher Verbindung miteinander abgeschlossen sind. Wienstein[6] ist der Ansicht, daß durch die Anerkennung des Garantievertrages als gemischter Vertrag dessen Wesen verkannt sei. Es handele sich, sagt er, in diesen Fällen nur um besondere Abreden des Hauptvertrages und einheitliche Wesensmerkmale lassen sich bei der Verschiedenartigkeit solcher Verträge nicht feststellen. Er nimmt im vorliegenden Falle einen Vertrag an, in dem ein festes Gehalt vereinbart sei unter der Bedingung, daß eine Gehaltserhöhung eintrete, wenn die Einnahmen des Arztes aus seiner Privatpraxis nicht eine bestimmte Höhe erreichen sollten. Dieser Auffassung können wir aber nicht beistimmen. Sie widerspricht sowohl dem Sachverhalt als auch den Absichten der Vertragschließenden. Es kann keine Rede davon sein, daß der Fabrikant einen höheren Gehalt hätte zahlen wollen, wenn die Einnahmen aus freier ärztlicher Tätigkeit nicht eine bestimmte Höhe erreichen sollten, denn er trifft diese Vereinbarung ja eben, weil er nicht mehr

1] Stammler, S. 6.
2] Guggenheim, S. 21.
3] Stammler, S. 9.
4] Guggenheim, S. 22.
5] Stammler, S. 4.
6] Wienstein, S. 7; ebenso Groener, S. 44.

Gehalt zahlen will oder kann. Mit Recht sagt Guggenheim[1], daß, da Gehalt Gegenleistung sei, die Gehaltserhöhung sich als Gegenleistungszuwachs darstelle, der doch auf der anderen Seite dann eigentlich auch eine erhöhte Tätigkeit des Arztes für den Fabrikanten entsprechen müßte. Diese „Gehaltserhöhung" aber wäre nicht nur für den Fall verabredet, daß keine erhöhte Arbeit des Arztes im Dienste des Fabrikanten geleistet werde, sondern im Gegenteil für Dienste, die er Privatpatienten nicht leisten könnte.

Eine Bedingung ist in dem vorliegenden Falle auch keineswegs von den Parteien beabsichtigt oder ausgesprochen. Die Garantiebestimmung besagt vielmehr, daß der Fabrikant dafür einstehen will, daß der Arzt aus der Privatpraxis noch eine bestimmte Summe einnehmen werde. Es ist also nicht eine bedingte Gehaltserhöhung verabredet, sondern ein Erfolg garantiert, bei dessen Nichteintritt der Fabrikant für den Ausfall haften will. Es besteht kein Zweifel darüber, daß die Parteien auch die erstere Form hätten wählen können. Nach Sachverhalt aber haben sie es nicht getan. Damit ist aber nur die Beweisführung Wiensteins[2] entkräftet, noch nicht aber das Vorhandensein eines verbundenen Garantievertrages nachgewiesen. Zur Annahme eines solchen wäre noch die Selbständigkeit der Garantiebestimmung zu beweisen. Nach der Stammlerschen[3] Auffassung würde sich diese aus dem Vergleich damit ergeben, wie es sich verhalten würde, wenn ein dritter diese Garantie übernommen hätte. Ohne Zweifel würde dann ein selbständiger Garantievertrag vorliegen; aber eben auch nur dann, wenn man dieses annimmt. In unserem Falle jedoch, wo der Fabrikant selbst im Rahmen des Dienstvertrages dem Arzt garantiert, ist die Garantie nicht soweit selbständig geblieben, daß man einen gemischten Vertrag annehmen könnte, dessen einer Bestandteil der Dienstvertrag, dessen anderer ein Garantievertrag wäre. Hier kann man nicht mehr von einem selbständigen Garantievertrag sprechen, weil die Garantie nur noch eine Bestimmung eines anderen Vertrages ist, eben nur eine Garantiebestimmung. Dieser Ansicht, ist auch Leonhard,[4] wenn er darauf hinweist, daß der Garantievertrag oft nur ein Stück eines umfassenden Vertrages bilde. Wir können nach unseren früheren Untersuchungen die Stammler'sche Auffassung von der Selbständigkeit des verbundenen Garantievertrages nicht anerkennen. Die Möglichkeit der Verbindung des Garantievertrages mit anderen Vertragsarten ist damit aber nicht verneint, es ist nur festgestellt, daß der Garantievertrag dann zu einer unselbständigen Vertragsbestimmung des anderen Vertrages wird. Auch in diesem Falle behält der Garantievertrag sein Wesensmerkmal, das Einstehen für einen bestimmten Erfolg, dafür, daß kein Ausfall entsteht, bei. Er ist also nach den Regeln, die auf den Garantievertrag Anwendung finden, zu beurteilen. Wenn wir auch die Ansicht Wiensteins

1] Guggenheim, S. 23.
2] Wienstein, S. 7.
3] Stammler, S. 9.
4] Leonhard, § 165.

nicht billigen konnten, so ist ihm doch insoweit Recht zu geben, als er die Selbständigkeit des verbundenen Garantievertrages bestreitet; nicht dagegen insofern, als er die Möglichkeit einer Verbindung des Garantievertrages überhaupt leugnet. Die unselbständige Garantievereinbarung im Rahmen eines anderen Vertrages bleibt immer noch eine Garantiebestimmung solange das Wesensmerkmal des Einstehens für einen bestimmten Erfolg eines Unternehmens erfüllt ist. Wienstein[1] hat also unrecht, wenn er sagt, daß sich einheitliche Wesensmerkmale für solche Garantiebestimmungen nicht feststellen ließen.

Stammler stellt für die Abgrenzung des Garantievertrages gegen das Gewährleistungsversprechen zwei Merkmale auf. Einmal, sagt er, dürfe beim Garantievertrage keine Haftung des Vertragsgegners in der Richtung der von ihm übernommenen Garantie zurückbleiben, wenn man die Garantie als nicht gegeben ansehe und zweitens müsse die Garantie dem anderen Bestandteil des abgeschlossenen Vertrages wesensfremd sein. Wir werden unten[2] bei der Abgrenzung des unselbständigen Garantieversprechens vom Gewährleistungsversprechen sehen, daß sich vielleicht marchmal mit Hilfe der Stammlerschen Merkmale eine richtige Unterscheidung ergeben kann. Aber unsere Nachprüfung zeigt uns dort, daß diese Unterscheidungsmerkmale nicht den Kernpunkt der Sache treffen, daß sie nicht maßgebend sind. Insbesondere sehen wir das zweite Merkmal, die „Wesensfremdheit" als unrichtig an, da eine zugesicherte Eigenschaft (§ 463 BGB.) dem anderen Vertragsteil auch wesensfremd sein kann. Aber auch das andere, von Stammler angegebene Merkmal, daß „keine Haftung des Garanten in dieser Richtung aus gesetzlicher Gewährleistung übrig bleiben dürfe", ist nicht zutreffend. Unsere Abgrenzung zeigt uns vielmehr, daß der Unterschied beider in der Art der eingegangenen Verpflichtung und in der Art der von den Parteien beabsichtigten Haftung liegt.

Wir prüfen noch ein weiteres Beispiel Stammlers,[3] bei dem Wienstein auch bestreitet, daß ein verbundener Garantievertrag vorliege. Es bildet sich ein Haussekonsortium, dessen Kontrahenten sich gegenseitig verpflichten bestimmte Wertpapiere vor Eintritt eines festgesetzten Zeitpunktes in keiner Weise zu veräußern. Dabei wird von den Spekulanten wechselseitig garantiert, daß der Kurs dieser Papiere an dem festgesetzten Termine eine bestimmte Höhe haben werde. Stammler[4] sagt, daß hie ein Garantievertrag in äußerlicher Verbindung mit dem Gesellschaftsvertrage abgeschlossen worden sei. Das ROHG.[5], dem ein ähnlicher Fall vorgelegen hat, sah in dem Abkommen „einen dem Versicherungsvertrage analogen Vertrag". Wienstein[6] nimmt einen Vertrag an, bei dem im Rahmen des Gesellschaftsvertrages die Garantiebestimmung als Vereinbarung einer Vertrags-

1] Wienstein, S. 7.
2] 3. Teil E.
3] Stemmler. S. 4.
4] Stammler, ebda.
5] ROHG. in Seuff. Arch. Bd. Nr. 73.
6] Wienstein, S. 6.

strafe getroffen sei. Er sagt, es bestehe ein wechselseitiger Vertrag, der die Beteiligten zu einer Unterlassung verpflichte in der Weise, daß A, B u. C den Kurs treiben und der Durchkreuzung dieser Absicht durch eine der Vertragsparteien dadurch vorbeugen wollten, daß diese Partei den anderen die Differenz zwischen dem in Aussicht genommenen Kurse und dem am Termin bestehenden als Vertragsstrafe zu zahlen habe. Die Parteien hätten allerdings durch eine solche Vereinbarung das gleiche Ziel erreichen können. Daß sie aber diesen Weg nicht gegangen sind, ergibt sich aus dem Sachverhalt, dem Parteiwillen und den Parteierklärungen. Wienstein will diese Merkmale nicht sehen und ändert sie so, daß sie in seine Konstruktion passen. Auch Grell[1] weist darauf hin und bezeichnet die Betrachtungsweise Wiensteins als eine künstliche Auslegung des Parteiwillens. Weiter versucht Wienstein im vorliegenden Falle eine positive Vertragsverletzung zu konstruieren und mittels deren die Garantieverpflichtung zu erklären. Er sagt: „In gleicher Lage befindliche Personen betätigen das alle treibende wirtschaftliche Interesse durch die vertragliche Festsetzung, daß der Verstoß des einen gegen dieses Interesse ihn verpflichtet, es den anderen zu ersetzen". Auch diesen Weg hätten die Vertragsschließenden beschreiten können, um ihr Ziel zu erreichen. Wenn wir aber die vorliegenden Abmachungen untersuchen sehen wir, daß sie die beiden von Wienstein angegebenen Möglichkeiten eben nicht gewählt haben sondern, daß sie außer dem Gesellschaftsvertrage einen Garantievertrag abgeschlossen haben. Die Kontrahenten schließen zunächst einen Gesellschaftsvertrag und verpflichten sich, um einen hohen Kurs der Wertpapiere zu errechen, diese nicht vor dem festgesetzten Zeitpunkte zu verkaufen. Außerdem garantieren sie sich eine gewisse Kurshöhe, um den Verkauf der Wertpapiere vor dem Termin zu verhindern. Dieses Verhindern des Verkaufes soll aber hier nicht dadurch erreicht werden, daß man eine Vertragsstrafe für diesen Fall festsetzt, auch nicht dadurch, daß man in dem Verkauf eine positive Vertragsverletzung des Gesellschaftsvertrages sieht und die Entschädigungshöhe für diesen Fall festsetzt, sondern dadurch, daß man durch die Kursgarantie jeden einzelnen Gesellschafter an dem Erfolg des Unternehmens interessiert, und daß jeder Gesellschafter den anderen gegenüber für diesen Erfolg eintritt, sich also verpflichtet, den Ausfall zwischen tatsächlicher und garantierter Kurshöhe zu tragen. Ein schuldhaftes Vereiteln des Vertragszweckes würde schon allein die Haftung des Schuldigen bedingen; aber hier ist vereinbart, daß jeder dem anderen haftet, auch wenn ohne sein Verschulden der Vertragszweck nicht erreicht wird. Dies ist nach dem Sachverhalt die einzig gegebene und den Parteiabsichten voll entsprechende Auslegungsmöglichkeit. Das Eintreten für den etwa entstehenden Ausfall des Unternehmens zeigt aber gerade die Wesensmerkmale des Garantievertrages und damit, daß ein solcher beabsichtigt war und vorliegt. Das

1] Grell, S. 9.

zeitliche Auseinanderfallen beider Vertragsabschlüsse, worauf Stammler[1] und Grell[2] hinweisen, bestärkt wohl diese Gründe, ist aber m. E. nicht von großer Bedeutung. Denn selbst bei zeitlichem Zusammentreffen beider Vertragsabschlüsse würde diese Auslegung die richtige sein. Der einzige Unterschied würde der sein, daß im einen Falle ein selbständiger Garantievertrag vorliegen würde, während beim zeitlichen Zusammentreffen beider Vertragsabschlüsse in der Vereinbarung eine unselbständige Garantiebestimmung zu sehen wäre. Dieser Unterschied ist aber für die sonstige Beurteilung ohne Bedeutung. Stammler und Grell halten es für bedenklich, daß die Kursgarantie eine im Rahmen des Hauptvertrages liegende Gegenleistung sein könnte, wie das vom ROHG. in der angeführten Entscheidung und wohl auch von Wienstein angenommen wird. Auch hier bietet m. E. das zeitliche Auseinanderfallen beider Vertragsabschlüsse kein durchschlagendes Argument. Ich halte aber die Kursgarantie nicht für eine Gegenleistung im Rahmen des Hauptvertrages, da die Parteien das nach dem Sachverhalt nicht beabsichtigt haben. Sie wollen sich lediglich gegen einen vorzeitigen Verkauf sichern und tun das dadurch, daß sie einen gewissen Kurs garantieren und damit jeden Einzelnen an dem Unternehmen interessieren. Eine Gegenleistung war von ihnen nicht beabsichtigt. Die Vereinbarung einer solchen aber würde nach dem oben[3] Ausgeführten — im Gegensatz zu der Stammlerschen Ansicht — der Annahme eines Garantievertrages nicht entgegenstehen. Diese Fälle widerlegen also die Wiensteinsche Auffassung, wonach es einen verbundenen Garantievertrag nicht gibt. Der Garantievertrag kann nicht nur als unverbundener Garantievertrag vorkommen sondern auch als verbundener Garantievertrag in Form einer unselbständigen Vertragsbestimmung eines anderen Vertrages auftreten. Der Verlust der Selbständigkeit ist auf die Wesensart des Garantievertrages ohne jeden Einfluß.

E. Der verbundene Garantievertrag und das unselbständige Gewährleistungsversprechen.

Die Abgrenzung des unverbundenen Garantievertrages vom Gewährleistungsversprechen bietet keine Schwierigkeiten, da der erstere ein alleinstehender selbständiger Vertrag ist, während das letztere lediglich in Verbindung mit einem anderen Vertrage abgegeben werden kann. Anders verhält es sich mit dem verbundenen Garantievertrag.

Wir haben oben schon die Schwierigkeiten der Abgrenzung eines solchen vom Gewährleistungsversprechen betont. Unsere Untersuchung hat uns aber gezeigt, daß eine solche trotzdem möglich ist. Erschwert wird sie dadurch, daß der Sprachgebrauch, und leider nicht nur der der Laien,[4] auf die Gewährleistung auch den Ausdruck „Garantie" anwendet. Allmählich scheint

1] Stammler, S. 6. Anm. 10.
2] Grell, S. 9.
3] I. Teil C. I. 2.
4] Plank § 633 ff.; Enneccerus § 334 Nr. 2; Meyer, im Recht 1903, S. 76.

sich aber wenigstens in der Wissenschaft doch die richtige Anwendung der Ausdrücke „Gewährleistung“ und „Garantie“ durchzusetzen. Das Gewährleistungsversprechen wird nur im Zusammenhang mit einem anderen Vertrage (am häufigsten mit einem Kaufvertrage) von demjenigen, der sich zur Leistung verpflichtet, abgegeben und besagt, daß der Verpflichtete für bestimmte Eigenschaften der Sache, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind, eine Gewähr dem Vertragsgegner gegenüber übernimmt. Beim Kauf-, Werk- und Werklieferungsvertrag haftet der Verkäufer nach dem Gesetz (BGB. §§ 459, 460, 477, 633, 634) dafür, daß die gelieferte Sache keinen Fehler hat, der den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder erheblich vermindert und dafür, daß ihr keine zugesicherte Eigenschaft fehlt. Der Lieferant kann also irgendwelche Eigenschaften einer Sache zusichern und haftet dann, seinem Vertragsgegner aus dieser Erklärung ebenso wie für Fehlerhaftigkeit der Sache, auf Wandlung oder Minderung, oder nach § 459 Abs. 2 B.G.B. dafür, daß die Sache zur Zeit des Gefahrüberganges die zugesicherten Eigenschaften hat. Anders verhält es sich mit dem Garantievertrag, wo für einen bestimmten Erfolg eingestanden wird und das Risiko eines Unternehmens übernommen wird, also etwas, was mit der Gewährleistung von Eigenschaften nichts zu tun hat.

Bei dem Gewährleistungsversprechen des Verkäufers, das oft als Garantieversprechen bezeichnet wird, handelt es sich im Allgemeinen nur um eine Verlängerung der Verjährungsfrist.[1] Der Verkäufer haftet für Mängel der von ihm gelieferten Sache nur auf Wandlung oder Minderung, nicht aber, wie das beim Garantievertrag der Fall ist, für einen bestimmten Erfolg, also nicht dafür, daß dem anderen Vertragsteil kein Ausfall entsteht. Auch wenn es sich um eine zugesicherte Eigenschaft der Sache handelt, ist die Haftung nach § 463 BGB. eine andere, als bei dem Garantievertrage. Zwar kann hier der andere Vertragsteil zwischen Wandlung, Minderung oder Schadenersatz wählen, aber die Haftung des Garanten geht nicht auf Schadenersatz. Wie unten ausgeführt wird haftet der Garant für den entstandenen Ausfall, nicht aber auf Schadenersatz. Ausfall und Schaden brauchen nicht übereinzustimmen. Die Zusicherung einer Eigenschaft, die allein eine Verwechslungsgefahr bietet, verpflichtet den Käufer insofern, als die Sache zur Zeit des Gefahrüberganges die zugesicherte Eigenschaft haben muß. Es handelt sich hier also um etwas gegenwärtiges, während es gerade ein Wesensmerkmal des Garantievertrages ist, daß der Erfolg noch nicht feststehen, also erst in der Zukunft eintreten darf.

Stammler[2] stellt, wie oben schon ausgeführt, zur Unterscheidung von verbundenem Garantievertrag und unselbständigem Gewährleistungsversprechen folgendes Unterscheidungsmerkmal

1] Leonhard, § 165. Stein, S. 12, S. 17.
2] Stammler, S. 9.

auf. Er sagt: Wenn die Garantie nicht durch den einen Kontrahenten sondern durch einen Dritten geleistet würde, dürfe für den Kontrahenten keine Haftung für eine Gefahr dieser Art übrig bleiben. Sei das doch der Fall, dann sei nur ein Vertrag gegeben und ein selbständiger Garantievertrag nicht anzunehmen sondern ein Gewährleistungsversprechen. Würde aber in diesem Falle von dem Kontrahenten selbst hinsichtlich der garantierten Gefahr — was die Haftung aus dem Vertrage anlangt — nichts zu gewähren sein, so zeige dies, daß eben in dem tatsächlichen Falle zwei Verträge angenommen werden müßten, die nur äußerlich verbunden seien und nur zufällig zwischen denselben Kontrahenten spielten. Wir haben oben schon ausgeführt, daß, wenn man diese Annahme macht, zweifellos ein Garantievertrag des Dritten vorliegen würde. Aber wir haben auch schon festgestellt, daß das von Stammler aufgestellte Unterscheidungsmerkmal nicht maßgebend ist. Wir wollen das an einem von Stammler angeführten Beispiel untersuchen.

A vermietet dem B ein Haus und verspricht bei dem evtl. zufälligen Untergang desselben, dem Mieter sein Interesse zu vergüten. In diesem Falle liege — so meint Stammler — kein Garantievertrag vor, denn wenn X anstelle des A dem B gegenüber jene Haftung für Zufall übernommen hätte, dann würde für A immer noch Haftung für diese Art von Gefahr gegeben sein, nämlich die Haftung für den Eintritt dieses Schadens durch sein Verschulden. Die Uebernahme einer solchen Haftung sei auch dem Mietvertrage nicht wesensfremd, sondern eigentümlich. Hätte dagegen A dem B ein Landgut verpachtet und ihm einen jährlichen Reinertrag in bestimmter Höhe garantiert, dann läge ein Garantievertrag vor, denn wenn X an seiner Stelle den Reinertrag garantiert hätte, dann wäre für A hinsichtlich dieser Art von Gefahr auf Grund seiner Verpflichtung aus dem Pachtvertrage gar keine Haftung vorhanden. Dem kann nicht beigestimmt werden.

Im ersteren Falle liegt eine freiwillige Erweiterung der Haftung des Vermieters vor. Der Vermieter hat hier vertraglich die Haftung für zufälligen Untergang des Hauses übernommen. Nicht entscheidend für die Auffassung, daß kein Garantievertrag abgeschlossen wurde, ist es, daß die Haftung des Vermieters für Verschulden bleiben würde, wenn dieser Zusatz nicht gemacht worden wäre. Ein Garantievertrag ist vielmehr deshalb nicht geschlossen, weil hier ein Unternehmen überhaupt nicht vorliegt. Es fehlt einmal die Mindestgröße, die wir oben als Voraussetzung des Unternehmens kennengelernt haben, zum anderen auch das dem Unternehmen eigentümliche Risiko. Wenn also die Entscheidung Stammlers auch im Ergebnis richtig ist, nämlich, daß kein Garantievertrag vorliegt, so können wir doch seine Begründung nicht als ausschlaggebend anerkennen. Noch deutlicher zeigt sich das in dem zweiten Falle. Hier nimmt Stammler einen Garantievertrag an, weil nach Abzug der „Garantie“ eines jährlichen Reinertrages in bestimmter Höhe keine Haftung

des Verpächters in dieser Richtung mehr übrigbleiben würde. Zuzugeben ist, daß auch nach unserer Auffassung die Annahme eines Garantievertrages näherliegt, als im ersteren Falle. Es handelt sich darum, ob man in der Pacht eines Landgutes ein Unternehmen sieht, denn die Garantie eines bestimmten Gewinnes, das andere Wesensmerkmal des Garantievertrages, ist hier gegeben. Man kann bei einem Landgut von vielleicht mehreren hundert Morgen sicher eher von einem Vermögensrisiko, das der Pächter übernimmt, sprechen, als bei der Miete eines Hauses. Trotzdem dürfte es der richtigen Auffassung des Ausdruckes Unternehmen widersprechen, wenn man ihn auf das Pachten eines Landgutes anwendet. Es ist in diesem Falle doch nicht das dem Unternehmen eigentümliche Risiko in dem oben entwickelten Sinne vorhanden. Ich möchte daher auch in dem zweiten Falle das Vorliegen eines Garantievertrages in der Form einer unselbständigen Vertragsbestimmung verneinen. Die Stammlerschen Unterscheidungsmerkmale versagen hier nicht nur, sondern sie führen sogar zu einer falschen Entscheidung. Zur Unterscheidung von Garantievertrag und Gewährleistungsversprechen muß man den geschlossenen Vertrag darauf untersuchen wessen Hauptmerkmale er zeigt: Bei dem Gewährleistungsversprechen werden — abgesehen von der Mängelhaftung, die keine Schwierigkeiten bietet — bestimmte Eigenschaften zugesichert oder die gesetzliche Haftung wird zeitlich oder ihrem Umfange nach erweitert. Die Haftung geht hier auf Wandlung, Minderung, Schadenersatz oder Mängelbeseitigung im Allgemeinen; seltener werden abweichende Haftungsbestimmungen getroffen. Der Garantievertrag dagegen ist gekennzeichnet durch ein Unternehmen, also einer Tätigkeit von bestimmtem Mindestumfange und das dem Unternehmen eigentümliche Risiko. Bei ihm wird für einen bestimmten Erfolg eines Unternehmens eingestanden, d. h. dafür, daß das Unternehmen keinen Ausfall oder einen bestimmten Gewinn bringt. Im Gegensatz zum Gewährleistungsversprechen handelt es sich hier um etwas Unbestimmtes, Zukünftiges. Abrechnungsperiode und Endabschnitte, die dem Unternehmen eigentümlich sind, erleichtern eine Abgrenzung. Die Haftung geht bei dem Garantievertrage auf den entstandenen Ausfall und ist somit eine andere als beim Gewährleistungsversprechen.

II. Teil. **Wirkungen des Garantievertrages.**

Nachdem wir so das Wesen und den Inhalt des Garantievertrages kennen gelernt haben, wollen wir uns mit den Wirkungen beschäftigen, die sich aus dem Abschluß eines solchen zwischen den Vertragsschließenden ergeben, mit den Rechten und Pflichten des Garanten und des Garantieempfängers.

Zunächst soll die Rechtsstellung des Garanten untersucht werden und die Folgen, die die Abgabe der Garantieerklärung für ihn hat.

A. Die Rechtsstellung des Garanten.

I. Die Haftung des Garanten.

I). im allgemeinen:

Der Garant steht für den Erfolg des Unternehmens ein. Seine Leistungspflicht setzt also ein, wenn der Erfolg, dessen Eintritt er garantiert hat, ausgeblieben ist. Dabei ist es gleichgültig, aus welchem Grunde der Erfolg nicht eintritt, abgesehen von der Sorgfaltspflicht des Garantieempfängers, die wir unten besprechen wollen. Der Garant muß daher, wenn nichts anderes vereinbart worden ist, auch dann seiner Verpflichtung nachkommen, wenn der Erfolg durch höhere Gewalt, Zufall oder durch Einwirkungen Dritter vereitelt worden ist. Denn, da er den Erfolg auf jeden Fall garantiert hat, obwohl er damit rechnen mußte, daß dieser durch solche Einwirkungen in Frage gestellt werden konnte, muß er auch unter diesen Umständen haften. Wir haben es hier mit einer Abweichung davon zu tun, daß es eine Haftung für Zufall im allgemeinen nicht gibt. Stammler[1] geht bei seiner Begründung richtig davon aus, daß es sich bei dem Garantievertrage nicht um die Ursachen des Nichterfolges handele, sondern um den Erfolg selbst, auf dessen Eintreten der Garant keinen Einfluß hat. Deshalb kann man aber auch nicht von Durchbrechung des Verschuldensgrundsatzes sprechen, weil ein Verschulden des Garanten am Nichteintritt des Erfolges nicht möglich ist. Stammler sagt, es wird nicht dafür gehaftet, daß etwas nicht 'werden', sondern, daß etwas nicht 'sein' werde. Wenn keine abweichenden Parteivereinbarungen beständen, so liege kein Grund vor zwischen den etwaigen Ursachen der Ereignisse Unterschiede in dieser Beziehung zu machen. Er weist dann darauf hin, daß auch der Bürge hafte, wenn der Hauptschuldner durch solche Umstände — wie höhere Gewalt oder Zufall — zahlungsunfähig werde, und daß der Versicherungsvertrag speziell um sich gegen solche Ereignisse zu schützen, abgeschlossen werde. So verhalte es sich auch bei dem Garantievertrag; es sei gleichgültig, welches die Ursachen für den Nichterfolg seien, gewöhnliche oder außergewöhnliche, es genüge, daß das Unternehmen erfolglos geblieben, daß ein Ausfall entstanden, oder ein Gewinn entgangen sei. Dieser Begründung ist, wie das ja auch oben schon ausgeführt ist, durchaus zuzustimmen. Diese Ansicht wird denn auch von den Meisten gebilligt, so u. a. von Grell[2], Guggenheim[3], und Meyer[4]. Von dieser Regel gibt es zwei Ausnahmen, einmal Parteivereinbarung, die eine Haftung in solchen Fällen ausschließt, und ferner die, daß die Erfolglosigkeit des Unternehmens durch den Garantieempfänger verschuldet ist. Diesen letzteren Fall wollen wir jetzt untersuchen.

1] Stammler, S. 132 ff.; S. 135.
2] Grell, S. 49.
3] Guggenheim, S. 83.
4] Meyer, S. 59.

2) bei Verschulden des Garantieempfängers an der Erfolglosigkeit des Unternehmens.

Da der Garant keinerlei Einfluß auf den Gang des Unternehmens hat, könnte der Garantieempfänger dadurch die Haftung des Garanten auslösen, daß er den Erfolg vorsätzlich vereitelt oder grob-fahrlässig den Nichteintritt des Erfolges verschuldet. Soll der Garant in diesem Falle haften?

Wir haben oben schon die Lösung vorweggenommen und gesagt, daß ein solches Verhalten des Garantieempfängers den Garanten von seiner Verpflichtung befreie. Das ergibt sich aus § 157 BGB, denn es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn man den Garanten auch in diesem Falle haften lassen wollte[1]. Außerdem würde der Garant eine Einrede aus positiver Vertragsverletzung haben. Es bleibt noch zu prüfen, wie es sich verhält, wenn durch leichte Fahrlässigkeit des Garantieempfängers der Erfolg des Unternehmens vereitelt wird. Wenn man grundsätzlich anerkennt, daß der Garant dann von seiner Leistungspflicht frei wird, wenn der Erfolg des Unternehmens durch absichtliches Vereiteln oder grobe Fahrlässigkeit des Garantieempfänger nicht eintritt, so muß man das auch dann tun, wenn der Erfolg nur durch leichte Fahrlässigkeit des Garantieempfängers vereitelt wird. Der Garant haftet in den meisten Fällen unentgeltlich und auch in den entgeltlichen Fällen nicht gegen eine besondere Risikoprämie. Es erscheint also unbillig ihn haften zu lassen, wenn der Erfolg durch leichte Fahrlässigkeit des Garantieempfängers vereitelt wird und ihm auch noch hierfür das Risiko aufzubürden. Eine Fahrlässigkeit des Garantieempfängers wird, worauf Guggenheim[2] mit Recht hinweist, oft nur schwer nachweisbar sein, sodaß der Garant schon dadurch, daß er diesen Beweis erbringen muß, benachteiligt ist. Dem Zweck des Garantievertrages entsprechend, wird an der Haftung des Garanten nach Möglichkeit festzuhalten sein; so besonders in zweifelhaften Fällen. In den Fällen aber, wo den Garantieempfänger ein Verschulden trifft, muß man nach Treu und Glauben und aus Billigkeitsrücksichten zu der Entscheidung kommen, daß der Garant dann von seiner Verpflichtung frei wird, eine Lösung, die auch Stammler[3], Guggenheim[4] und Meyer[5] billigen.

3) Höhe der Haftung des Garanten.

Wir haben schon verschiedentlich betont, daß die Haftung des Garanten nicht auf Schadensersatz geht. Der Garant steht für den Erfolg eines Unternehmens ein, dafür, daß dem Garantieempfänger kein Ausfall entsteht oder, daß er einen bestimmten Gewinn erzielen wird. Im zweitem Falle kann man von einer Haftung auf Schadenersatz überhaupt nicht sprechen. Hier haftet der Garant nur auf den Unterschied zwischen tätsächlichem

1] Ebenso: Stammler, S. 137; Guggenheim, S. 84.
2] Guggenheim, S. 84.
3] Stammler, S. 139, der einen in dieser Beziehung interessanten Fall behandelt.
4] Guggenheim, S. 84.
5] Meyer, S. 67.

und garantiertem Gewinn. Aber auch im ersteren Falle geht die Verpflichtung des Garanten nicht auf Ersatz eines entstandenen Schadens sondern auf den Erfolg, für den er eingestanden ist und den er dann dadurch herbeiführt, daß er den Ausfall trägt. Die Höhe des Ausfalles braucht auch mit der Schadensersatzhöhe, die der Garantieempfänger bei anderer Haftung fordern könnte, nicht übereinzustimmen; sie kann höher oder niedriger sein. Der Garant haftet auch nicht auf das Interessse des Garantieempfängers an dem Vertrage, denn auch das besagt die eingegangene Verpflichtung nicht, wenigstens nicht im allgemeinen. Bezüglich der Höhe der Haftung des Garanten, also der Bestimmung der Höhe des Ausfalles läßt sich mit Stammler[1] folgendes sagen:

Wenn auch der Garantievertrag nicht 'ein Vertrag auf das Interesse' ist, so wird bezüglich der Höhe der Leistung zu der der Garant verpflichtet ist, analog die Lehre von dem Interesse zur Anwendung kommen müssen. Da der Garant für den Erfog des Unternehmens einsteht, wird er regelmäßig das 'gesamte Interesse' des Garantieempfängers an dem Erfolge zu ersetzen haben, abgesehen natürlich von anderweitigen Vereinbarungen, oder von Fällen, in denen sich aus dem Sachverhalt ein Anderes ergibt.

II. Die Rechte des Garanten.

Es ist weiter festzustellen, welche Rechte der Garant dem Garantieepfänger gegenüber hat.— Der Garant verpflichtet sich, für den Erfolg eines Unternehmens einzustehen. Er erwirbt aber damit im Gegensatz zum Auftrag und zum Kreditauftrag — wie wir unten sehen werden — kein Recht von dem Garantieempfänger nun auch die Ausführung des Unternehmens zu verlangen. Er übernimmt seine Verpflichtung wohl aus Interesse an dem Erfolg des Unternehmens, aber es bleibt dem Unternehmer freigestellt, ob er das Unternehmen ausführen will oder nicht. Da der Garant an dem Erfolg des Unternehmens interessiert ist, fragt es sich, ob er berechtigt ist, diesen Erfolg selbst herbeiführen, oder, ob er im Falle des Nichteintrittes des Erfolges stets dem Garantieempfänger den Ausfall ersetzen muß, der diesem hieraus entsteht. Da der Garant nur die letztere Verpfichtung übernimmt, er steht nur für den Erfolg ein, verspricht aber nicht den Erfolg selbst herbeizuführen, ist er grundsächsätzlich verpflichtet, den Ausfall, der durch den Nichteintritt des Erfolges entsteht, zu tragen. Man wird ihm nicht das Recht zugestehen können den Erfolg selbst herbeizuführen, es sei denn — wie Guggenheim[2] richtig sagt —, daß es dem Unternehmer gleichgültig sein kann, wer den Erfolg herbeiführt. Der Garant hat nicht nur keinen Einfluß darauf, daß das Unternehmen ausgeführt wird, sondern er kann dem Garantieempfänger — mangels anderweitiger Vereinbarungen —

1] Stammler, S. 127 u. 129.
2] Guggenheim, S. 85.

auch keine Vorschriften über die Art der Ausführung machen, wenn diese in Angriff genommen ist. Er hat auch kein Recht das garantierte Unternehmen zu überwachen oder Einsicht in die Bücher des Garantieempfängers oder Rechnungslegung durch den Garantieempfänger zu verlangen. Anderer Ansicht ist Kroener[1], der dem Garanten das Recht auf Rechnungslegung geben will. Er sagt, der Garantieempfänger müsse einmal nach Treu und Glauben beweisen, daß der von ihm behauptete Schaden eingetreten sei und sei daher schon aus diesem Grunde verpflichtet, dem Garanten Rechenschaft abzulegen. Weiter zieht er den § 666 BGB. zur Begründung seiner Ansicht heran. Zu dem ersteren ist zu sagen, daß sich daraus, daß der Garantieempfänger die Höhe des Ausfalles beweisen muß, noch nicht eine allgemeine Verpflichtung zur Rechnungslegung ergibt, wie auch das RG.[2] m. E. richtig ausgeführt hat und in der Literatur[3] das allgemein angenommen wird. Eine solche Rechnungslegung oder Einsichtnahme in die Bücher, oder Beeinflussung des Garantieempfängers würde vielmehr zu dem Zweck und Sinn des Garantievertrages im Widerspruch stehen. Bezüglich der analogen Anwendung des § 666 BGB. wird unten[4] noch festzustellen sein, daß Auftrag und Garantievertrag vollkommen wesensverschieden sind, daß eine analoge Anwendung der Auftragsvorschriften auf den Garantievertrag daher nicht möglich ist. Der grundlegende Unterschied besteht hier eben darin, daß der Beauftragte nach Annahme des Auftrages auch verpflichtet ist, den Auftrag auszuführen, während der Garantieempfänger dem Garanten gegenüber in keiner Weise zur Durchführung des Unternehmens verpflichtet ist. Es bleibt den Parteien überlassen anderweitige Vereinbarungen zu treffen und das ist auch oft geschehen. So hat sich der Staat in fast allen Fällen seiner Garantie eine Ueberwachung des garantierten Unternehmens ausbedungen. Grundsätzlich aber besteht ein Recht des Garanten auf eine solche Ueberwachung nicht.

Wir müssen weiter feststellen, welche Rechte der Garant hat, wenn der Eintritt des Erfolges durch einen Dritten vereitelt worden ist. In diesen Fällen wird der Garantieempfänger regelmäßig gegen den Dritten einen Anspruch (meist Schadensersatzanspruch) haben. Gleichzeitig hat er aber auch den Anspruch gegen den Garanten und die Verwirklichung beider Ansprüche würde ihn als ungerechtfertigt bereichert erscheinen lassen. Das ist aber nicht der Zweck des Garantievertrages[5]. Man wird in diesem Falle ebenso wie bei der Bürgschaft, der kumulativen Schuldübernahme und dem Versicherungsvertrage, den Uebergang der Forderung des Garantieempfängers gegen seinen Schuldner auf den Garanten annehmen müssen, wenn dieser leistet. In den übrigen Fällen ist ein solcher Uebergang kraft Gesetzes gegeben nach ausdrücklicher gesetzlicher

1] Kroener, S. 24.
2] RG. in Seuff. Arch. Bd. 55, S. 275 ff.
3] Meyer, S. 58; Guggenheim, S. 87. Grell, S. 62.
4] III B. Abgrenzug d. Garantievertrages vom Kreditauftrag.
5] Siehe hierüber auch Stammler, S. 4; Guggenheim, S. 63.

Bestimmung. Für den Garantievertrag sind solche Bestimmungen nicht vorhanden und es bestände daher nur die Möglichkeit einer analogen Anwendung dieser Bestimmung auf den Garantievertrag. Ich halte diesen Weg für richtig und das Ergebnis ist auch befriedigend. Eine andere Möglichkeit bestände noch insofern, als man die Schadenersatzleistung durch den Dritten dem Eintritt des Erfolges gleichsetzen könnte, womit der Garant wohl seine Leistung an den Garantieempfänger aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangen könnte. Das Ergebnis bliebe aber unbefriedigend, da der Garant den Garantieempfänger nicht zwingen könnte seinen Anspruch gegen den Dritten geltend zu machen.

Damit haben wir die Rechtsstellung des Garanten kennen gelernt und kommen nun zu der Betrachtung der Rechte und Pflichten des Garantieempfängers.

B. Die Rechtsstellung des Garantieempfängers.

Die Rechte des Garantieempfängers ergeben sich schon ans dem oben Gesagten; so der Anspruch auf Leistung beim Eintritt des Garantiefalles gegen gegen den Garanten, weiter, daß der Garantieempfänger nicht zur Ausführung des garantierten Unternehmens verpflichtet ist, daß er auch dem Garanten nicht Rechnung zu legen braucht. Es soll hier noch einmal besonders auf die Sorgfaltspflicht des Garanten hingewiesen werden, die sich aus den Vorschriften über Treu und Glauben ergibt, und darauf, daß er ihm, falls er schuldhaft den Eintritt des Erfolges vereitelt, kein Anspruch gegen den Garanten zusteht. Es muß von dem Garantieempfänger verlangt werden, daß er nach Treu und Glauben handelt und die nötige Sorfalt darauf verwendet, daß der Erfolg des Unternehmens auch erreicht wird. Darauf muß man schon deshalb bestehen, weil dieser geringen Ver-Verpflichtungen des Garantieempfängers die schwerwiegende Garantieerklärung des Garanten gegenübersteht, die den Garanten sonst allzusehr belasten würde. Diese Sorgfaltspflicht des Garantieempfängers ist keine Vertragspflicht des Gläubigers, sondern ihre Verletzung befreit nur den Schuldner von seiner Haftung. Man kann in diesem Sinne also nicht eigentlich von einer Pflicht des Gläubigers sprechen. Es ist nur so, daß der Gläubiger, wenn er seiner Ansprüche gegen den Garanten nicht verlustig gehen will, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt darauf verwenden muß, daß der Erfolg des Unternehmens auch eintritt.

C. Mehrheit von Garanten.

Es steht außer Zweifel, daß die Haftung aus einem Garantievertrage auch von Mehreren übernommen werden kann. Es gibt in diesem Falle zwei Möglichkeiten, einmal die, daß jeder Garant sich in einer bestimmten Höhe verpflichtet und weiter die, daß die Garanten als Gesamtschuldner die Haftung aus dem Garantievertrag übernehmen. Im ersteren Falle hat

1] Stammler, S. 138; Foerster, S. 122 ff.; Guggenheim, S. 92; Meyer, S. 67.

jeder nur die von ihm gewährleistete Garantiesumme zu zahlen, die falls der Anspruch des Garantieempfängers geringer als die Gesamtsumme ist, anteilmäßig herabgestzt wird, bis ihre Höhe den Anspruch des Garanten deckt. Verpflichten sich die Garanten als Gesamtschuldner, so haften sie zu gleichen Teilen unter Berücksichtigung der Vorschriften über Gesamtschuldverhältnisse (BGB. § 420 ff.), also Vollstreckbarkeit gegen einen Gesamtschuldner in Höhe des vollen Betrags und Ausgleich der Garanten untereinander usw.— Schwierigkeiten macht es nur, wenn sich mehrere Garanten in einzelne von einander unabhängigen Garantieverträgen auf die Gesamtsumme verpflichten. Es fragt sich, ob dann jeder Garant auch zur Zahlung der vollen Summe verpflichtet ist, oder ob sie nur anteilmäßig haften. Sicher muß man hier dem Garantieempfänger freistellen, gegen wen er den Anspruch geltend machen will. Es würde aber dem Sinne des Garantievertrages, der nur eine Sicherung des Erfolges des Unternehmens bezweckt, widersprechen, wenn in diesem Falle jeder Garant in der vollen Höhe des Ausfalles oder entgangenen Gewinnes haften sollte. Hier ist vielmehr in dem Sinne auszugleichen, daß der zweite Garant eine Einrede hat, daß ein Ausfall nicht mehr bestehe oder ein Gewinn nicht mehr entgangen sei, wenn der erste Garant voll geleistet hat; sonst, daß sie nur noch in einer gewissen Höhe, soweit sie nicht vom Erstgaranten getragen werden, bestehen und daß er daher nur noch in dieser Höhe verpflichtet sei[1]). Bei einer Klage gegen mehrere Garanten gleichzeitig würde zwischen diesen ein Gesamtschuldverhältnis entstehen. Diese Lösung wird sowohl der Lage des Garantieempfängers als auch der der Garanten gerecht und erscheint mir daher als die richtige.

III. Teil: **Abgrenzung des Garantievertrages von anderen Vertragsarten.**

Der Garantievertrag zeigt in vielen Fällen Aehnlichkeiten mit anderen Vertragsarten. Teils ist auf die Verschiedenheit der Wesensmerkmale nicht genügend hingewiesen worden, teils bildet die Ungenauigkeit der Parteierklärungen und die Unrichtigkeit der benutzten Ausdrücke den Grund, daß die Abgrenzung gegen andere Verträge Schwierigkeiten macht. Besonders bei der Abgrenzung gegen die Bürgschaft, den Kreditauftrag, die kumulative Schuldübernahme, den Versicherungsvertrag und die bedingte Schenkung tritt dieses hervor, und es sollen deshalb die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale zwischen dem Garantievertrag und diesen Vertragsarten untersucht werden, um einer Verwechselungsgefahr vorzubeugen. Zunächst wollen wir das Verhältnis von Garantievertrag und Bürgschaft betrachten.

A. Abgrenzung des Garantievertrages gegen die Bürgschaft.

Nach § 765 BGB. ist ein Bürgschaftsvertrag derjenige Vertrag, in dem sich der Bürge dem Gläubiger eines Dritten

1] Guggenheim, S. 90 ff.

gegenüber verpflichtet für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Da der Bürge auch für einen bestimmten Erfolg, nämlich die Erfüllung der Verbindlichkeit durch den Hauptschuldner haftet, hat man behauptet, daß die Bürgschaft eine Unterart des Garantievertrages sei, der den Oberbegriff bilde. So haben die Motive[1] die Notwendigkeit der Regelung des Garantievertrages—außer aus den oben erwähnten Gründen—auch deswegen verneint, weil die Bürgschaft im bürgerlichen Gesetzbuch erschöpfend geregelt sei und die wichtigste Art des Garantievertrages darstelle. Inzwischen hat sich allgemein die Erkenntnis durchgesetzt, daß Garantievertrag und Bürgschaft zwei vollkommen verschiedene Vertragsarten sind, und daß damit auch ihre Regelung voneinander abweicht und die Vorschriften über die Bürgschaft auf den Garantievertrag nicht angewandt werden können. Trotz dieser Erkenntnis der Verschiedenheit beider Vertragsarten ergeben sich in der Praxis oft Schwierigkeiten aus dem ungenauen Sprachgebrauch der Parteien. Die Ausdrücke 'Bürgschaft', 'Schuldübernahme', 'garantieren', 'haften', 'gutsagen' werden oft für ein ihnen nicht entsprechendes Rechtsinstitut angewandt. Um so wichtiger ist es daher, die Verschiedenheit einzelner Wesensmerkmale hervorzuheben und somit eine Abgrenzung einzelner Vertragsarten gegeneinander zu ermöglichen. Kein Wesensunterschied liegt m. E. in der Vertragsart selbst, da sowohl der Garantie- wie der Bürgschaftsvertrag meist einseitig sind, aber auch in Ausnahmefällen beide gegenseitige Verträge sein können. Für den Garantievertrag wurde das oben festgestellt, für die Bürgschaft ist es allgemein anerkannt. Wenn also Kroener[2] hieraus ein Unterscheidungsmerkmal konstruieren will, so kann man ihm nicht beipflichten. Anders verhält es sich mit dem Zweck der eingegangenen Verpflichtung; denn Bürgschaft bedeutet Einstehen für eine fremde Schuld, die Schuld des Hauptschuldners. Eine solche Hauptschuld aber, deren Erfüllung durch die Bürgschaft sichergestellt werden soll, ist — worauf Stammler[3] mit Recht hinweist — dem Tatbestand des Garantievertrages unbekannt. Der Bürgschaftsvertrag wird im Hinblick auf eine bestehende Hauptschuld abgeschlossen und die eingegangene Verbindlichkeit ist von der Hauptschuld abhängig. Die Abhängigkeit (Accessorietät) der eingegangenen Verpflichtung von der Gültigkeit und dem Bestand der Hauptschuld ist zwar erst, das übersieht auch Stammler, eine Folge des abgeschlossenen Vertrages und bietet daher nur da eine Unterscheidungsmöglichkeit, wo auf eine solche Abhängigkeit bereits im Vertrage bezw. in der Bürgschaftserklärung hingewiesen wird. Aber doch ist es wesentlich, daß beides beim Garantievertrage nicht zutrifft, denn der Garant tritt für den Erfolg eines Unternehmens ein ohne Rücksicht auf die Verbindlichkeit eines Dritten dem Garantieempfänger ge-

1] Motive II, S. 658.
2] Kroener, S. 3 ff., S. 6.
3] Stammler, S. 37.

genüber. Staub[1] sagt hierzu, der Bürge sehe auf die Person des Hauptschuldners, während der Garant unabhängig von der Hauptschuld den Erfolg des Unternehmens im Auge habe, der durch die Leistung des Hauptschuldners herbeigeführt werden solle. Das trifft zwar nicht ganz zu, aber es liegt dieser Ansicht etwas Richtiges zu Grunde. Der Bürge sieht nämlich nicht auf die Person sondern auf die Verbindlichkeit des Hauptschuldners und will für die Leistung durch den Hauptschuldner einstehen, während der Garant das Risiko des Unternehmens auf sich nehmen und für den Erfolg des letzteren einstehen will[2]. So sagt der Reichsgerichtsräte — Kommentar[3] richtig, daß beim Garantievertrag im Gegensatz zur Bürgschaft der Gegenstand des Vertrages nicht die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners, auch nicht ein Einstehen für seine Person, sondern die sachliche Haftung für einen bestimmten Erfolg oder ein bestimmtes Verhalten des Schuldners sei. Es werde hier eine Gefahr übernommen, die dem Gläubiger aus dem Rechtsverhältnisse mit einem Dritten erwachsen könne. Das Interesse beider ist in sofern verschieden, als der Bürge nur ein solches an der Leistung des Hauptschuldners hat, der Garant aber an dem Unternehmen selbst und dessen Erfolg interessiert ist. Als weiteres Unterscheidungsmerkmal ist verschiedentlich aufgestellt worden, daß der Bürge für eine fremde Schuld eintrete, der Garant dagegen eine eigene Verbindlichkeit begründe. Aber auch der Bürge begründet durch den Bürgschaftsvertrag eine eigene Verbindlichkeit. Es ist also nur der erste Teil richtig, daß der Bürge für eine fremde Schuld einsteht. Auch die dem Garantievertrage wesentliche Voraussetzung, daß zur Zeit des Vertragsschlusses der Erfolg noch möglich sein muß, also ein Schaden noch nicht entstanden sein darf — wie das RG.[4] richtig ausführt —, bietet kein sicheres Abgrenzungsmerkmal, da man sich auch für eine zukünftige Schuld (BGB. § 765, II) verbürgen kann[5]. Gerade in diesen Fällen aber, wo die Entscheidung schwierig wird, versagt dieses Merkmal. Ebensowenig kann man aus der Form des Vertrages Schlüsse ziehen. Man könnte lediglich als Merkmal feststellen, daß falls eine schriftliche Erklärung nicht vorliegt, ein Garantievertrag abgeschlossen sei oder werden sollte. Aber auch hier steht entgegen daß die Parteien vielleicht einen Bürgschaftsvertrag abschließen wollten, der nunmehr wegen Formmangels ungültig ist und man kann dann nicht diesen mißlungenen Versuch in einen gültigen Garantievertrag konvertieren wollen. Auch die primäre Haftung[6] des Garanten oder die subsidiäre des Bürgen bieten keine Unterscheidungsmerkmale, da sie erst Folgen des abgeschlossenen Vertrages sind. Da die Schadlosbürgschaft nur ein Unterfall der Bürgschaft ist, sind die Unterscheidungsmerkmale die gleichen.

1] Staub § 349, Anm. 65.
2] Leonhard § 165
3] RGR.—Komm. Vorbem. 6b zu § 765.
4] RG. 90, S. 415.
5] Anders Rink (S. 33 ff.), der die Verbürgung für eine zukünftige Schuld als Garantievertrag anspricht.
6] Kroener, S. 10 ff.

Nur wird es in der Praxis oft schwierig sein festzustellen, ob ein Garantievertrag oder eine Schadlosenbürgschaft vorliegt eine Tatsache, die auch Stammler[1] hervorhebt. Cosack[2] hält die Schadlosbürgschaft deswegen nicht für eine Bürgschaft, weil der Schadlosbürge nicht positiv für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit eintrete, sondern für den Schaden, der dem Gläubiger durch die Nichterfüllung der fremden Verbindlichkeit erwachse. Das trifft aber nicht zu. Denn auch der Schadlosbürge ist Bürge und will nicht für den dem Gläubiger entstehenden Schaden eintreten, sondern auch er tritt für die Erfüllung der Verbindlichkeit durch den Hauptschuldner ein. Seine Haftung bleibt subsidiär, entgegen der primären beim Garantievertrag. Damit haben wir die Grenzen zwischen Garantievertrag und Bürgschaft kennen gelernt. Wir haben gesehen, daß nur das Interesse des Verpflichteten und der Zweck und Gegenstand seiner Verpflichtung erkennen lassen, ob der eine oder andere Vertrag beabsichtigt und abgeschlossen ist. Der Bürge hat nur ein Interesse an der Leistung des Hauptschuldners, der Garant am Unternehmen und dessen Erfolg. Gegenstand der vom Bürgen eingegangenen Verpflichtung bildet die Verbindlichkeit des Hauptschuldners und ihr Zweck ist, dem Gläubiger die Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu sichern. Der Garant dagegen, der an dem Erfolge des Unternehmens interessiert ist, will nicht die Verbindlichkeit des Hauptschuldners erfüllen sondern er tritt für den Ausfall ein, der dem Gläubiger durch die Nichterfüllung der Verbindlichkeit entsteht. Die übrigen Gesichtspunkte, die wir untersucht haben, können im Einzelfall eine Abgrenzung ermöglichen, versagen jedoch oft.

B. Abgrenzung vom Kreditauftrage.

Obwohl Wesen und Zweck von Garantievertrag und Kreditauftrag (§ 778 BGB.) ganz verschieden sind, ist doch von Einzelnen[3] behauptet worden, daß auch der Kreditauftrag eine Unterart des Garantievertrages sei. Hierzu hat vielleicht der Gedanke, daß mittels Auftrages, ebenso wie beim Kreditauftrage, das gleiche wirtschaftliche Ergebnis wie durch den Garantievertrag erzielt werden kann. Verkannt ist aber, daß der Weg ein anderer ist. Der Kreditauftrag setzt einen Auftrag des Verpflichteten an den Gläubiger voraus und der Gläubiger ist nach Zustandekommen des Vertrages auch verpflichtet den Auftrag auszuführen. Beim Garantievertrag fehlt ein solcher Auftrag vollkommen. Sein Zweck ist ja auch nicht, dem Schuldner Kredit zu verschaffen, sondern den Gläubiger zu sichern gegen den Schaden, der ihm aus der Kreditgewährung an den Schuldner erwachsen könnte. Es besteht ferner nach Abschluß keine Verpflichtung des Garantieempfängers zur Ausführung des garantierten Unternehmens. Der Gläubiger kann von dem Kreditmandant erst dann Zahlung verlangen, wenn die Zwangsvollstreckung gegen

1] Stammler, S. 37; ebenso Braune, S. 31.
2] Cosack § 158.
3] Foerster, S. 152; Winscheid, S. 817; Unger, S. 6; Girtanner S. 325. ähnlich: Bindewald, S. 37 u. S. 47 ff.

den Schuldner fruchtlos geblieben ist[1], während eine solche Vorausklage beim Garantievertrage nicht nötig ist, weil der Garant nicht subsidiär, wie der Bürge und Kreditmandant, sondern primär[2] haftet. Der Kreditmandant haftet nach dem Wortlaute des § 778 BGB. ebenso wie der Bürge, also nicht auf Schadensersatz, wie Foerster behauptet, sondern für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners. Eine wesentliche Verschiedenheit liegt, worauf auch Kroener[3] hinweist, ferner darin, daß der Kreditauftrag widerrufen werden kann, der Garantievertrag dagegen unwiderruflich ist. Den Kernpunkt der Unterscheidung zwischen beiden bildet das Vorhandensein bezw. Fehlen eines Auftrages.

C. Abgrenzung von der kumulativen Schuldübernahme.

Die kumulative Schuldübernahme, Schuldmitübernahme nach Reichel,[4] ist im BGB. ebenfalls nicht geregelt. Westerkamp[5] bestimmt sie als den Vertrag, durch den sich der Beitretende dem Gläubiger eines Dritten gegenüber verpflichtet, die aus dem Schuldverhältnis des Dritten zu dem Gläubiger herrührende Verbindlichkeit — unbeschadet der Weiterhaftung des Dritten — als eigene zu erfüllen. Die privative Schuldübernahme befreit den ursprünglichen Schuldner und der Uebernehmende tritt durch Vertrag mit dem Schuldner an dessen Stelle. Demgegenüber tritt bei der kumulativen Schuldübernahme der Uebernehmende neben den Schuldner an die gleiche Stelle, er will mit und neben ihm haften und in gleicher Weise wie der Hauptschuldner dem Zugriff des Gläubigers gegenüberstehen. Der Uebernehmende erklärt sich also mit dem Hauptschuldner solidarisch, es entsteht ein Gesamtschuldverhältnis. Nach dieser Kennzeichnung sollte eine Verwechselung mit dem Garantievertrage eigentlich als ausgeschlossen erscheinen. Es ergeben sich aber in der Praxis — worauf wir schon oben hingewiesen haben — die gleichen Schwierigkeiten wie bei der Bürgschaft. Wenn auch die Schuldmitübernahme ebenso wie der Garantievertrag durch formlose Erklärung des sich Verpflichtenden dem Gläubiger gegenüber zustande kommen, so ist doch der Inhalt der Erklärung und ihr Zweck ein ganz verschiedener. Der Beitretende will den Schuldner stützen, zu diesem Zweck erklärt er sich mit ihm solidarisch, wird er selbst Schuldner der Leistung des Hauptschuldners. Er übernimmt die Verbindlichkeit des Hauptschuldners und tritt für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit ein. Der Garant dagegen will gar nicht Schuldner der Hauptschuld, die der Dritte dem Gläubiger gegenüber hat, werden. Sein Interesse besteht lediglich darin, daß er für den Erfolg dieser Unternehmung des Gläubigers eintreten will, aber er tut das nicht dadurch, daß er sich neben den Schuldner stellt. Nicht die fremde Verbindlichkeit will und muß der Garant erfüllen, sondern den Ausfall ersetzen,

1] Das hat auch Foerster richtig erkannt.
2] Meyer, S. 49 ff.; Kroener, S. 49.
3] Kroener, S. 50, auch Braune, S. 39.
4] Reichel, S. 1 ff.
5] Westerkamp, S, 36. Siehe hierzu auch Goldmann-Lilienthal.

der dem Gläubiger durch die Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit entsteht. So sagt Guggenheim[1] richtig, daß der Zweck des Garantievertrages nicht, wie bei der Bürgschaft und auch bei der Schuldmitübernahme, Sicherung der Befriedigung des Gläubigers sei, sondern Förderung und Unterstützung des Unternehmens. Die Schuldgründe sind, wie Guggenheim hervorhebt, ganz verschieden. Während beim Garanten der Vertragsinhalt das Eintreten für den Erfolg des Unternehmens ist und die causa das Interesse des Garanten an diesem Erfolg, haben wir bei dem Schuldübernehmer durch Uebernahme der Schuld des Hauptschuldners den gleichen Schuldinhalt wie bei der Verpflichtung des Hauptschuldners. Hiermit ist aber auch eine Gleichheit des Schuldgrundes gegeben. Der Beitretende schuldet also aus derselben causa wie der Hauptschuldner, wenn auch diese Gesamtschuldnerschaft erst durch einen besonderen Vertrag zustande gekommen ist. Den Hauptunterschied zwischen beiden Vertragsarten bildet also die Verschiedenheit des Schuldgrundes, der Interesses des sich Verpflichtenden und Zweck und Inhalt des eingegangenen Verbindlichkeit.

D. Abgrenzung vom Versicherungsvertrage.

Da beim Versicherungsvertrage in gleicher Weise wie beim Garantievertrage der Ersatz eines etwa eintretende „Schadens" von einem anderen übernommen wird, hat man den Garantievertrag verschiedentlich als unentgeltlichen Versicherungsvertrag bezeichnet. Als „unentgeltlich" nur dann, wenn man entgegen der oben entwickelten Ansicht die Unentgeltlichkeit als Wesensmerkmal des Garantievertrages ansah. Das würde für uns, die wir den Garantievertrag für entgeltlich halten, bedeuten, daß dieser einfach ein Versicherungsvertrag sei. Für diejenigen, die den Garantievertrag für unbedingt unentgeltlich und einseitig halten, liegt schon hierin ein Abgrenzungsmerkmal das in den allermeisten Fällen auch genügen wird, denn der entgeltliche Garantievertrag kommt, wie oben schon ausgeführt wurde, ganz selten vor. Doch auch für die, die die Möglichkeit des entgeltlichen Garantievertrages anerkennen, liegt in der Art der Entgeltlichkeit eine Wesensverschiedenheit, die beide Vertragsarten deutlich voneinander scheidet. Guggenheim[2] weist mit Recht darauf hin, daß die Entgeltlichkeit beim Garantievertrage eine ganz anders geartete ist, als die bei dem Versicherungsvertrage. Er sagt, daß sich rechtlich die Prämienleistung des Versicherten als eine Vorleistung darstelle, die im Voraus und meist in periodisch bestimmten Zeitabschnitten erfolge. Wenn wir den entgeltlichen Garantievertrag im Gegensatz zu dem Versicherungsvertrage betrachten, so ist beim letzteren ein Dauerzustand vereinbart, während dessen der Versicherer für den Schaden haften will, der durch bestimmte, einzeln aufgezählte, meist von außen herantretende Ereignisse dem Versicherungs-

1] Guggenheim, S. 65.
2] Guggenheim, 69.

nehmer oder Dritten droht.[1] Beim Garantievertrage dagegen handelt es sich nicht um einen Dauerzustand. Es ist hier nicht eine wirtschaftliche Sicherung eines Zustandes sondern etwas Einmaliges, der Erfolg eines Unternehmens garantiert. Der Begriff „Unternehmen" ist hier der eines bestimmten einmaligen Unternehmens (Handelns), bei dem es sich um einen bestimmten Zeitabschnitt, bis zu dem das Unternehmen dauern soll, oder bis zu dem der Garantierende haften will, handelt. Der Garant haftet nur für den Ausfall, den dieses Geschäft (Abrechnungsperiode, Endabschnitt) mit sich bringt, der Versicherer für den Schaden, der dem Versicherten durch bestimmte Ereignisse droht, während er versichert ist. Leonhard[2] braucht auch m. E. mit Recht zwei verschiedene Ausdrücke für die Haftung beim Garantievertrage und für die beim Versicherungsvertrage. Während beim letzteren für den Schaden, der tatsächlich eingetreten ist, gehaftet wird, haftet der Garant für einen bestimmten Erfolg, muß also den Ausfall ersetzen. Ausfall und Schaden aber brauchen sich nicht zu decken.

Stammler[3] stellt ebenso wie Grell[4] und Guggenheim[5] fest, daß das Gebiet des Garantievertrages enger ist, da der Garant nicht nur den Gläubiger gegen eine drohende Gefahr sichern wolle, sondern auch eine Stützung und Förderung von dessen Unternehmen beabsichtige. Schon darin liegt ein Unterschie, denn der Garant hat lediglich und in erster Linie den Erfolg des Unternehmens im Auge, und übernimmt aus diesem Grunde das Risiko des Unternehmens, indem er für den Erfolg einsteht, für den Ausfall haftet. Im Gegensatze hierzu handelt es sich bei dem Versicherungsvertrag darum, den Versicherten gegen verschiedene, in den meisten Fällen bestimmt aufgezählte Gefahrenmomente[6] zu schützen, indem man ihm gegen Bezahlung einer im Voraus zu entrichtenden Prämie für den eintretenden Schaden aufzukommen verspricht. Es fehlt hier das Interesse an dem Erfolge des Unternehmens, das der Garant hat. Ein weiteres Kennzeichen des Versicherungsvertrages, das dem Garantievertrage fehlt, bildet die Gewerbsmäßigkeit der Versicherungsübernahme, die auf möglichst große Versicherungsnehmerzahl gerichtete Tendenz und die typenmäßige Gleichartigkeit der abgeschlossenen Verträge. In der Praxis dürfte daher eine Verwechselung beider Vertragsarten, wenn man den Garantievertrag als selbständigen Vertrag anerkennt, kaum vorkommen.

E. Abgrenzung gegen die bedingte Schenkung.

Diese ursprünglich vertretene Auffassung, die den Garantievertrag als eine Art der Schenkung ansieht,[7] ist wohl nur noch geschichtlich von Interesse, insofern, als sie zeigt, welche Schwierig-

1] Crome, S. 838.
2] Leonhard, § 165.
3] Stammler, S. 49.
4] Grell, S. 39.
5] Guggenheim, S. 68.
6] Aehnlich: Meyer, S. 53; Düringer-Hachenburg, S. 279; Guggenheim, S. 69.
7] Stammler, S. 51.

keiten es gemacht hat, den Garantievertrag als selbständige Vertragsart zu erkennen und wie man versucht hat, diesen unbekannten Vertrag in ein vorhandenes System einzwängen zu wollen. Die flüchtige Aehnlichkeit beider Vertragsarten wird aber durch so scharfe Eigentümlichkeiten aufgehoben, daß nur ganz unklar gehaltene Verpflichtungserklärungen diesen Gedanken überhaupt als möglich erscheinen lassen. Stammler[1] weist treffend auf die dem Garanten fehlende Schenkungsabsicht hin. Wir haben gesehen, daß es dem Garanten auch vollkommen fern liegt, dem Garantieempfänger etwas schenken zu wollen und haben sogar als häufiges subjektives Merkmal festgestellt, daß der Garant die Erklärung in der Hoffnung abgibt, nicht bezahlen zu müssen. Guggenheim[2] weist ebenso wie Stammler richtig auch auf die Unbedingtheit des Garantievertrages hin. Der Garant hat nicht die Absicht den Garantieempfänger zu bereichern, und Stammler[3] sagt m. E. mit Recht, daß eine objektive Bereicherung des Garantieempfängers beim Garantievertrage ebensowenig feststellbar sei, wie man von einer solchen bei dem durch Bürgschaft gesicherten Gläubiger sprechen könne. Wenn wir die Stellung des Garantieempfängers nach Eintritt des Garantiefalles betrachten, gegenüber der, daß der garantierte Erfolg eingetreten ist, so sehen wir, daß die wirtschaftliche Lage des Garantieempfängers in beiden Fällen die gleiche ist, da der Garant ihn nur so stellt, als wenn der Erfolg eingetreten wäre.

IV. Teil: **Das Ergebnis der Untersuchung und die Gefahr der unzulässigen Ausdehnung des Garantievertrages.**

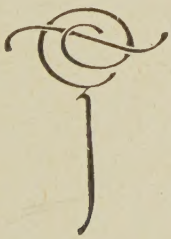
Wir haben damit unsere Untersuchung über den Garantievertrag beendet. Sie hat uns gezeigt, daß der Garantievertrag keine neue Vertragsart unseres Rechts ist, daß vielmehr ein solcher Vertrag schon dem römischen Recht bekannt war. Das große Verdienst Stammlers ist, daß er uns mit dieser Institution, die Jahrhunderte hindurch vergessen war und verkannt wurde, wieder bekannt gemacht und ihre Eigentümlichkeiten aufgezeigt hat. Wir haben der Stammlerschen Begriffsbestimmung in den wesentlichen Punkten zugestimmt, bezüglich der Entgeltlichkeit haben wir gesehen, daß sie kein Wesensmerkmal des Garantievertrages ist, daß der Garantievertrag durch Nebenbestimmungen zu einem entgeltlichen Vertrage werden kann und daß die Vereinbarung eines Entgelts dem Begriffe des G. Ves nicht entgegensteht. Die subjektiven Merkmale des Vertrages, insbesondere die Notwendigkeit des Garanten an dem von ihm garantierten Erfolge haben wir abgelehnt. Die von Stammler vertretene Ansicht, daß der Garantievertrag bei der Verbindung mit einem anderen Vertrage seine Selbständigkeit nicht verliert, haben wir als unrichtig erkannt, die Selbständigkeit ist kein Wesens-

1] Stammler, ebda.
2] Guggenheim, S. 53.
3] Stammler. S. 52.

merkmal des Garantievertrages. Der Kampf Wiensteins gegen den verbundenen Garantievertrag galt insbesondere der Gefahr der unzulässigen Ausdehnung desselben. Mag eine solche Gefahr auch in der Theorie bestanden haben, die Entwicklung hat uns gezeigt, daß in der Praxis der Garantievertrag nur in ganz wenigen Fällen verkannt worden ist. Wir haben bei der Abgrenzung des Garantievertrages vom unselbständigen Gewährleistungsversprechen und von anderen Vertragsarten gesehen, daß Unterscheidungsmerkmale vorhanden sind, deren Aufzeigung die Gefahr einer Verwechselung auf ein Mindestmaß beschränkt. Man kann also heute sagen, daß sich die Befürchtungen Wiensteins als unzutreffend erwiesen haben. Wir haben ferner die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, die sich aus dem Abschlusse eines Garantievertrages ergeben und damit die Normen, die auf ihn zur Anwendung kommen, kennen gelernt.

Zum Schlusse sei noch einmal die Begriffsbestimmung wiederholt.

Der Garantievertrag ist derjenige Vertrag, in dem jemand für den Erfolg eines Unternehmens derart einsteht, daß er den Ausfall zu tragen verspricht.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 16. Dezember 1902 als Sohn des Pfarrers Georg Landmann und seiner Ehefrau Anna geb. Hammer zu Burkhards in Oberhessen. Ich bin evangelisch. Die Reifeprüfung habe ich am 24. März 1926 an der Oberrealschule zu Mainz abgelegt. Ich habe dann an der Philippsuniversität in Marburg zunächst Volkswirtschaft, dann Rechtswissenschaft studiert. Die erste juristische Prüfung habe ich am 13. August 1930 in Kassel bestanden, die Diplomprüfung für Volkswirtschaft am 18. Dezember 1931 in Marburg.